

# DOS AÑOS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALES (y III)\*

LUIS PRIETO SANCHIS

## IV. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS QUE SE CONSIDERAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. AÑO 1980

1. *Sentencia de 4 de febrero de 1980. Sala especial de Revisión. Ponente, D. Enrique Medina Balmaseda. Disposiciones consideradas: artículos 20 y 53,2. Repertorio Aranzadi, núm. 392.*

La Sala especial de Revisión cierra con esta sentencia el contencioso iniciado por el recurso de un grupo de profesionales de la información contra el Real Decreto 1434/1979, de 16 de junio, así como contra los acuerdos de suspensión definitiva de varios periódicos, que fue desestimado por la Sala de Vacaciones en sentencia de 14 de agosto de 1979 (1) y que lo será nuevamente en esta que comentamos, al rechazar los dos motivos en que se basa la revisión, a saber: contradicción en la parte dispositiva de la primera sentencia e incongruencia con las alegaciones de las partes, no resolviendo las cuestiones planteadas.

En síntesis, el criterio de la Sala de Revisión es el mismo que el sostenido por la sentencia de agosto de 1979, ya comentada; sin entrar a discutir la posible lesión de derechos o intereses profesionales, se afirma que para su defensa no es aplicable el procedimiento especial de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, lo que equivale a decir que esos derechos

---

\* Tercera y última parte del trabajo iniciado en el número 1 de esta REVISTA.  
(1) Referencia 10/1979 de nuestro repertorio.

e intereses profesionales no pueden confundirse con uno fundamental, tutelado en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título I de la Constitución, como es la libertad de expresión (art. 20). El Tribunal Supremo reitera aquí su doctrina de que la libertad de expresión no comprende entre sus facultades el derecho a disponer de un determinado medio de comunicación.

2. *Sentencia de 21 de abril de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, D. José Pérez Fernández. Disposiciones consideradas: artículos 3, 27 y 53,2. Repertorio Aranzadi, núm. 1392.*

La presente sentencia revoca un fallo de la Sala 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Territorial de Barcelona de 21 de marzo de 1980 y estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta por la Delegación del Ministerio de Educación de Barcelona de la petición formulada por el padre de un alumno para que su hijo recibiese enseñanza en lengua castellana.

A este fallo nos hemos referido en el epígrafe anterior, ya que presenta un indudable interés procesal al culminar la evolución de nuestra jurisprudencia en torno a la interpretación del ámbito material tutelado por la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sobre todo después de que promulgada la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso previsto en aquella se ha convertido en la vía judicial previa al amparo constitucional. En este caso, el recurrente acudía al procedimiento específico de defensa de los derechos fundamentales establecido por la Ley de 26 de diciembre de 1978 invocando el derecho constitucional a la educación previsto en el artículo 27 de la Constitución, pero que no figuraba originalmente incluido en el artículo 2 de la mencionada Ley, ni tampoco había sido posteriormente añadido por el Decreto Legislativo de 20 de febrero de 1979, dictado al amparo de la disposición final de la propia Ley de Protección Jurisdiccional. Precisamente, en esta falta de idoneidad del cauce procesal elegido se basa la sentencia de instancia para rechazar el recurso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo tomará en consideración la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>, punto 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que supuso una segunda ampliación del catálogo de derechos tutelados por la Ley de diciembre de 1978 al establecer que su

ámbito «se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53,2 de la Constitución». De esta forma, el que pudiera llamarse amparo ordinario y el amparo constitucional han terminado finalmente coincidiendo en el objeto de su protección, como, por otra parte, no podía ser de otro modo ya que el procedimiento de la Ley de Protección Jurisdiccional se configura como previo a la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Bien es verdad que ello sólo sucede en la vía contencioso-administrativa, por lo que en realidad el ámbito de la Ley sólo se extiende a todos los derechos susceptibles de amparo cuando la lesión procede de la Administración; en otro caso, es decir, en la vía penal o civil, también previstas por la Ley de diciembre de 1978, debe entenderse que el núcleo de derechos protegidos sigue siendo el que se deduce del artículo 2 y del posterior Decreto Legislativo (2).

Por lo que se refiere al tema de fondo, la sentencia no duda en declarar el derecho de todo español a recibir enseñanza en la lengua oficial, ya que sin necesidad de recordar el artículo 3 de la Constitución, «se quebranta el fundamental derecho a la educación, incluso cabe decir que hasta el máximo límite de negarlo de modo absoluto, cuando la enseñanza se imparte en un idioma distinto de la oficial lengua española, desconocido aquél por el destinatario de la enseñanza». Ello no supone, se cuida de aclarar la sentencia, que se vaya contra el respeto que por un igual merecen las demás lenguas españolas, ni que se impida su utilización en las Comunidades Autónomas «al satisfacerse el derecho a la educación que a su vez asiste a quienes las conocen». Parece, en consecuencia, que se acepta, como no podía ser de otra forma, la enseñanza de las demás lenguas españolas y también la enseñanza mediante ellas, pero siempre que se garantice el derecho a recibir educación en la lengua oficial. Ciertamente, no resuelve la sentencia muchos temas conflictivos y, en particular, el modo de conciliar el uso de las lenguas españolas con el derecho a recibir enseñanza en la lengua oficial, pero en verdad no era esta la cuestión planteada ni corresponde a la Magistratura resolver un problema esencialmente político.

---

(2) Vid. SALAS y TORNOS: «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona», *Revista de Administración Pública*, número 93, septiembre-diciembre de 1980, pp. 29 y 35.

3. *Sentencia de 25 de abril de 1980. Criminal. Ponente, D. M. Gómez de Liaño Cobaleda. Disposiciones consideradas: artículos 10 y 20. Repertorio Aranzadi, núm. 1483.*

Este fallo de la Sala II, que tuvo una importante trascendencia pública, no plantea en realidad graves problemas de interpretación constitucional, pues se limita a constatar que la libertad de expresión, aun reconociendo su carácter de derecho «natural y fundamental», tiene su límite en el respeto a los derechos fundamentales y especialmente en el derecho al honor, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (art. 20,4). Concretamente, la sentencia declara que afirmar de cierta decisión judicial que «recuerda los mejores tiempos nazis o los actuales de un Amin Dada» pone de relieve un ánimo injurioso y que, por lo tanto, representa una extralimitación punible en el ejercicio de la libertad de expresión.

Tal vez lo más interesante de la sentencia sea su doctrina sobre la causa de justificación de obrar «en el ejercicio de un oficio o cargo», alegada por el recurrente habida cuenta de su condición de periodista, declarando que, si bien el profesional de la información puede tener la función de «informar, criticar y denunciar», no es sujeto cualificado para el ejercicio de la libertad de expresión o, al menos, no lo es en el ámbito jurídico-penal. Por ello, dice la Sala II, su profesión debe «realizarse sin extralimitaciones que lesionen los derechos y bienes protegidos por el ordenamiento penal...».

4. *Auto de 2 de mayo de 1980. Criminal. Ponente, Sr. D. Luis Vivas Marzal. Disposición considerada: artículo 117,5. Repertorio Aranzadi, núm. 1917.*

El presente Auto resuelve un conflicto de competencia entre la jurisdicción militar (Capitanía General de la 2.<sup>a</sup> Región Militar) y la ordinaria (Juzgado de Instrucción de Morón de la Frontera) para conocer de la causa instruida contra un paisano por injurias con publicidad a la Guardia Civil. Aunque el Auto se inicia con un primer considerando que parece anunciar la aplicación directa de la Constitución, lo cierto es que la Sala II terminará devaluando el artículo 117,5 a simple principio programático. Dice aquel considerando que para la adecuada resolución de cualquier conflicto de jurisdicciones uno de los «princi-

pios fundamentales» es «el de la unidad jurisdiccional, proclamado en el número 5.º del artículo 117 de la Constitución, el cual conlleva la expansión de la jurisdicción ordinaria y el costreñimiento de las jurisdicciones especiales y excepcionales, las que sólo serán competentes cuando les corresponda el conocimiento para enjuiciar hechos punibles merced a preceptos legales claros, expresos y terminantes...». Sin embargo, esta afirmación no deja de ser un criterio interpretativo favorable a la jurisdicción ordinaria, ya que el Tribunal Supremo no extrae ninguna consecuencia del «principio fundamental» recogido en la Constitución, es decir, no se plantea la posible derogación o inconstitucionalidad de las leyes anteriores a 1979, ya que el inciso segundo del artículo 117,5, relativo al ámbito de la jurisdicción castrense, constituye «un mandato para que, en el futuro, se dicte una Ley que regule esta materia conforme a las directrices emanadas de la Constitución, acen tuándose así, y puesto que ella misma lo previene, el carácter meramente programático o de declaración de principios que suelen tener los textos constitucionales, y que precisa, para su aplicación y efectividad, del adecuado desarrollo legislativo...».

Esta declaración del Tribunal Supremo, contradictoria con otras resoluciones incluso de la Sala II, parece, sin duda, significativa; primero, por su enorme claridad: el carácter meramente programático no es la excepción que corresponda al artículo 117,5, sino la regla general «que suelen tener los textos constitucionales». Y segundo, porque los términos de esta afirmación bien pudieran haberse atenuado, teniendo en cuenta que de la legislación ordinaria se deriva una solución acorde con el espíritu constitucional, es decir, favorable a la competencia del juez ordinario, como reconoce el propio Auto después de analizar la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978, la Ley de protección de los derechos fundamentales de 26 de diciembre de 1978 y el Decreto de 20 de febrero de 1979. En particular, de estas dos últimas normas se deduce que la protección penal del derecho al honor corresponde a la jurisdicción ordinaria, y ello tanto si el ofendido es una persona física como jurídica.

Aunque la solución nos parece acertada, la referencia a los preceptos constitucionales en el sexto considerando resulta discutible y unilateral; el hecho de que la Constitución reconozca algunos derechos a personas jurídicas o colectividades no puede interpretarse como un reconocimiento genérico de titularidad plural en todos los derechos fundamentales, sino que incluso pudiera entenderse como todo lo con-

trario, es decir, como una excepción al carácter individual de dicha titularidad. Por otra parte, si, como dice la sentencia, en la rúbrica del título I no se distingue entre personas físicas y jurídicas, ello sí sucede en la rúbrica de la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II («De los derechos y deberes de los ciudadanos»), pese a que en la misma se reconocen derechos de indudable titularidad colectiva, lo que, dicho sea de paso, pone de relieve la falta de rigor constitucional en la denominación de los títulos y capítulos (3). Finalmente, y aunque en el artículo 18 se garantiza el derecho al honor, sin especificar el carácter del sujeto titular, debe indicarse que dicha garantía se vincula a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que parece sugerir la atribución a personas físicas y no a instituciones. Como es lógico, lo que se discute no es la tutela penal del derecho al honor de las personas jurídicas o instituciones, sino si el honor de dichas personas es también un derecho fundamental que pueda hacerse valer mediante el procedimiento especial previsto en la Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; en este aspecto, debe recordarse que el mandato del artículo 53,2, provisionalmente satisfecho por la Ley citada de 1978, dice que «cualquier ciudadano podrá recabar...», lo que ciertamente no puede merecer una interpretación muy estricta, ya que algunos derechos de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II se reconocen de forma expresa a las personas jurídicas, como, por ejemplo, los tutelados en el artículo 16,1 o en el 27,6.

5. *Sentencia de 5 de mayo de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala 3.<sup>a</sup> Ponente, Sr. D. J. L. Ruiz Sánchez. Disposiciones consideradas: artículos 14, 35, 1.<sup>o</sup> y derogatoria tercera. Repertorio Aranzadi, núm. 1835.*

La cuestión debatida tiene su origen en una resolución de la Delegación Provincial de Trabajo de Burgos de 30 de noviembre de 1972 por la que se califican determinadas actividades como «específicamente femeninas», con la consiguiente reducción salarial. El criterio de la Delegación será rechazado por la Dirección General de Trabajo, que estima un recurso de alzada, y más tarde por la Audiencia Territorial y por el Tribunal Supremo.

(3) Vid. PECES-BARBA: *Derechos fundamentales*, 3.<sup>a</sup> ed., Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 84.

En síntesis, se plantea un problema relativo a derechos fundamentales y, en concreto, al principio de igualdad entre el hombre y la mujer en materia laboral. El fallo de la Audiencia, muy bien argumentado, insistirá en la necesidad de interpretar el artículo 75 de la Ordenanza de la industria siderometalúrgica, referente a los trabajos específicos del personal femenino, a partir del principio de igualdad de los derechos laborales del hombre y de la mujer; en realidad, la sentencia lo que pone implícitamente de relieve es que la categoría «trabajos específicamente femeninos» resulta del todo inadecuada, en especial cuando a la misma quieren vincularse consecuencias salariales. En este sentido, viene a confirmar el principio de que «a igual trabajo, igual salario» cuando estima que debe rechazarse «toda interpretación que conlleve una reducción del salario de la mujer con fundamento en su sexo o, simplemente, en el menor esfuerzo físico requerido o en que se trate de una labor que le resulte más adecuada, sin tener en cuenta su efectivo rendimiento». Para la Sala de instancia, cualquier reducción salarial sólo puede justificarse en la clase y rendimiento de los trabajos, hasta el punto de que «es inoperante por sí solo el dato de que sean desempeñados, de hecho, exclusivamente por mujeres».

El Tribunal Supremo insistirá en esta argumentación, manifestando expresamente lo que estaba implícito en la sentencia de la Sala de Burgos: «no resulta admisible la categoría laboral de trabajos específicamente femeninos como fundamento de una reducción salarial». Invoca a tal fin el Convenio 111 de la OIT, ratificado por España en 1967, el artículo 10 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y, por último, recuerda que «el juzgador actual debe, imprescindiblemente, tener en cuenta, por virtud del mandato interpretativo que dimana del artículo 3,1.º del Código Civil y por virtud del imperativo que impone la 3.ª disposición derogatoria de la Constitución, lo dispuesto en los artículos 14 y 35,1.º de ésta».

Estamos, pues, ante una decidida aplicación del texto constitucional, que no encuentra dificultad en invocar la discutida disposición derogatoria para considerar inválida una categoría jurídica consagrada en la citada Ordenanza de Trabajo. Se trata, además, de una aplicación obligada, no sólo por imperativo del esquema derogatorio, sino también porque a la Jurisdicción ordinaria corresponde la específica función de fiscalizar la legitimidad legal y constitucional de las normas reglamentarias.

6. *Sentencia de 30 de mayo de 1980. Criminal. Ponente, Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara. Disposición considerada: art. 24. Repertorio Aranzadi, núm. 2158.*

El presente fallo no suscita, a nuestro juicio, ninguna cuestión relevante de interpretación constitucional, pues se limita a invocar, en relación con un caso de estafa procesal, el artículo 24 de la Constitución para confirmar el «principio fundamental del Derecho» de que toda persona puede ejercitar ante los Tribunales las acciones que la Ley otorgue para la defensa de su derecho; si bien con el único límite declarado por la jurisprudencia de «no ser moral, ni lícito, ni permisible en el ordenamiento del Estado de Derecho utilizar un proceso administrativo, civil o laboral para, con plena conciencia de la falta de razón de lo que se postula, obtener una resolución favorable que lleve consigo un perjuicio para el demandado».

7. *Sentencia de 21 de junio de 1980. Contencioso-administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. A. Martín del Burgo y Marchán. Disposiciones consideradas: art. 33. Repertorio Aranzadi, núm. 3331.*

Esta decisión de la Sala IV no plantea ningún problema importante de interpretación constitucional, ya que su invocación, sin ser extemporánea, tiene la única misión de mostrar la cobertura constitucional que ofrece el artículo 33, en su número 3.º, a la Ley de Expropiación Forzosa, cuando afirma que la privación de bienes y derechos sólo podrá realizarse «de conformidad con lo dispuesto por las leyes». En realidad, la Constitución únicamente exige que la expropiación se justifique en una causa de utilidad pública o interés social y que medie la correspondiente indemnización, de modo que la cláusula final del precepto representa una desconstitucionalización de los demás elementos que conforman el régimen jurídico de la expropiación. Lo que sucede es que la Sala IV ha de invocar ese inciso final porque precisamente lo que busca es el engarce con la Constitución de la normativa vigente relativa al procedimiento y formalidades necesarias para la validez del expediente expropiatorio. En este sentido, la decisión judicial renueva la tradicional doctrina acerca de «la esencialidad del trámite de audiencia, del que se ha llegado a decir jurisprudencialmente que es sagrado (por lo que su respeto) constituye la regla, y su dispensa, la excepción».

8. *Sentencia de 25 de junio de 1980. Contencioso - Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. José Ignacio Jiménez Hernández. Disposición considerada: art. 26. Repertorio Aranzadi, núm. 3343.*

La supresión de los Tribunales de Honor por la Constitución de 1978, renovando un mandato ya contenido en la de 1931, plantea una serie de problemas derivados tal vez del escueto y conciso enunciado del artículo 26, que prohíbe pero no define ni caracteriza esa institución, que tan anacrónica resulta en el Estado de Derecho. Sin duda, debe considerarse derogada la Ley de 17 de octubre de 1941, sobre Tribunales de Honor en el ámbito de los funcionarios civiles; no así, en cambio, la Ley de 17 de julio de 1945, incorporada al Código de Justicia Militar en sus artículos 1025 y siguientes (4). Pero creo que también está justificado plantearse la posible ilicitud constitucional de otros Tribunales o comisiones depuradoras que, sin el *nomen iuris* de Tribunales de Honor, existen en el seno de determinadas instituciones, no sólo a la vista de lo establecido en el artículo 26, sino también a la luz de otros preceptos constitucionales: principio de unidad jurisdiccional (art. 117), derecho a la jurisdicción (art. 24,1), derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con las debidas garantías (art. 24,2), principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25,1), principio de seguridad jurídica (art. 9,3); criterios que constituyen el fundamento del ordenamiento penal y procesal en un Estado de Derecho.

Este es el principal problema jurídico que trata de resolver la sentencia comentada a propósito de una sanción de suspensión profesional por plazo de un mes impuesta por la «Comisión de Depuración Profesional» del Colegio de Arquitectos de Andalucía Oriental, luego elevada a tres meses por el Tribunal Profesional, confirmada por el Consejo Superior de los Colegios y reducida nuevamente a treinta días por la Sala de Granada, cuya decisión será finalmente confirmada por el Tribunal Supremo en una sentencia que presenta, al menos, dos pronunciamientos de interés para nosotros, a saber: lo que debe entenderse por Tribunal de Honor y la naturaleza del procedimiento sancionador seguido por el colegio profesional.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Sala 4.<sup>a</sup>, si bien reco-

---

(4) Debe también considerarse derogado el artículo 94 de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964. En cambio, en el ámbito castrense, el artículo 28, a diferencia del 95 de la Constitución republicana, no prohíbe los tribunales de honor.

noce la «inmediata y directa aplicabilidad» del artículo 26 por hallarse en la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo II del título I de la Constitución (5), añade que no puede confundirse un simple expediente disciplinario con la actuación de un Tribunal de Honor, tanto por razones de contenido como por motivos históricos. Razones de contenido, ya que lo característico del Tribunal de Honor es que en él «sólo cabe, como alternativa, la separación total o expulsión o la absolución». Motivos históricos, pues «debe tenerse en cuenta que la denominada jurisdicción disciplinaria de los Estatutos de 1931 (del Colegio de Arquitectos) fue establecida por un Gobierno y ratificada... por una Cámara que poco más de un mes más tarde aprobaba una Constitución que contenía en su articulado la misma norma prohibitiva que la actual».

A mi juicio, esta caracterización de los Tribunales de Honor y del Estatuto de 1931 resulta insuficiente y posiblemente superficial, pues, ante todo, parece que la coincidencia histórica aludida no representa ningún argumento jurídico serio, sino en todo caso un simple indicio que debe someterse a las reglas de la crítica. Y la radical alternativa en que se debate el Tribunal de Honor, si bien constituye un criterio orientador válido, tampoco puede elevarse a la categoría de elemento esencial o definidos. En realidad, la noción de Tribunal de Honor bien puede deducirse de su propia Ley reguladora de 1941 y será a partir de este análisis y de la comprobación de las notas de inconstitucionalidad como podrá enjuiciarse la conducta de la Comisión de depuración, cuyo nombre es, por cierto, de lo más desafortunado.

La primera nota característica de los Tribunales de Honor es su composición, que nos atreveríamos a calificarla de feudal, en cuanto que están formados por «pares» o «iguales», es decir, por los compañeros de profesión de la persona acusada (6), lo que es ciertamente anómalo en un Estado moderno y representa, según creo, una violación del derecho al juez natural, es decir, al juez ordinario predeterminado por la Ley, sobre todo si tenemos en cuenta que contra las «sentencias» de estos Tribunales no cabe recurso alguno. Precisamente, la segunda nota característica es el peculiar procedimiento que se sigue en este tipo de actuaciones en defensa del honor profesional; sin duda, lo más llamativo es que no está dividido en dos fases, con la im-

(5) De donde cabe deducir que ese principio de eficacia inmediata no se reconoce en relación con todos los preceptos constitucionales.

(6) Según la base tercera de la Ley de 17 de octubre de 1941, el Tribunal habrá de estar formado por siete miembros «que pertenezcan a la misma clase y categoría que el enjuiciado...». Vid. también el artículo 1.029 del Código de Justicia Militar.

portante consecuencia de que se confunden instrucción y decisión, es decir, que el mismo órgano que acusa y recoge las pruebas es el que más tarde sentencia. Además, el procedimiento es secreto, no cabe recurso alguno y, como señalaba el Tribunal Supremo, la única alternativa es la absolución o la expulsión del Cuerpo.

Sin embargo, tal vez el aspecto más peculiar de los Tribunales de Honor sea la materia justiciable, que no está constituida por conductas claramente tipificadas en una norma, aunque sólo sea reglamentaria, de manera que se vulneran del modo más evidente los principios de legalidad y seguridad jurídica. Según la base primera de la citada Ley de 1941, los Tribunales de Honor se establecen «para conocer y sancionar los actos deshonorables cometidos por individuos pertenecientes a colectividades civiles que les hagan desmerecer en el concepto público e indignos de desempeñar las funciones que les están atribuidas y causen el desprestigio del Cuerpo u organismo a que pertenecen». Que tales conductas no han de ser necesariamente delictivas lo prueba el inciso segundo del mismo precepto al decir que la actuación de este Tribunal es compatible con la de cualquier otro, aunque el hecho revista caracteres de delito. Nos hallamos, pues, ante un Derecho sancionador preliberal, carente de ese «código fijo de leyes que deben observarse literalmente» y que «no deja al juez más incumbencia que la de examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conformes o disconformes con la Ley escrita» (7). Aquí, por el contrario, el Tribunal juzga en conciencia, pero no con arreglo a un catálogo seguro de infracciones, sino de acuerdo con su personal, variable y desconocido criterio acerca de lo honesto y de lo deshonesto, de lo moral y de lo inmoral.

Pues bien, a la vista de esta caracterización, estamos ya en condiciones de enjuiciar la actuación de la llamada Comisión de Depuración, pero teniendo en cuenta que su licitud no sólo depende de que se ajuste o no a las notas propias de los Tribunales de Honor, sino también de que su conducta no sea contraria a otros preceptos constitucionales. En primer lugar, el Estatuto de 1931, a pesar de lo que indica la sentencia, presenta algunas de las características de los Tribunales de Honor, a saber: es un juicio de iguales (artículo 36) en el que no

---

(7) Son palabras de BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764). Introducción, notas y traducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1974, p. 78.

existen las dos fases propias del proceso penal y, sobre todo, en el que la materia enjuiciable sólo está tipificada de modo parcial, sin que exista una clara vinculación entre la infracción y la correspondiente sanción, pues, según el artículo 39 del Estatuto, las correcciones podrán imponerse cuando la conducta de un colegiado «se aparta de los deberes sociales, profesionales o legales relacionados con la profesión y especialmente de los determinados en estos Estatutos...»; es decir, que existe una norma genérica (infracción de los Estatutos) y junto a ella una regla absolutamente indeterminada, el apartamiento de unos supuestos deberes no establecidos ni en los Estatutos ni en ninguna otra norma, lo que precisamente caracteriza a los Tribunales de Honor.

Ciertamente, esta Comisión de Depuración se diferencia de los Tribunales de Honor en la existencia de recursos y en la posibilidad de imponer sanciones distintas a la de expulsión del Colegio. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el caso comentado se trataba de la infracción de uno de los deberes establecidos en los Estatutos y no del apartamiento de esas supuestas obligaciones sociales o profesionales nunca definidas. Tal vez por ello la sentencia del Tribunal Supremo desestime el recurso y confirma el fallo de la Sala de Granada.

En cualquier caso, creo que es necesario resaltar el carácter anómalo de estas «jurisdicciones» profesionales en las que la amistad o enemistad de jueces y enjuiciados bien puede servir para satisfacer presiones políticas, rencores de cuerpo o estímulos de codicia (8). Sus sanciones pueden ser graves, ni siquiera se observan las garantías del procedimiento sancionador administrativo y la tipificación de las infracciones es algo más que insegura y ambigua, por lo que pueden verse vulnerados tanto las garantías procesales como el principio de legalidad. No es momento de detenernos en el análisis de la posible ilicitud constitucional de toda jurisdicción sancionadora que no sea la ordinaria, pero de todos modos es evidente que mientras subsistan Tribunales Profesionales como el que es objeto de nuestro comentario, éstos deberán ajustar su actuación a las normas constitucionales y, en particular, a las que reconocen derechos fundamentales.

---

(8) Así caracterizaba PÉREZ SERRANO a los Tribunales de Honor en sus comentarios a la Constitución de 1931, citado por LUCAS VERDÚ en la «Constitución española», edición comentada, CEC, Madrid, 1979. Comentario al artículo 28.

9. *Sentencia de 25 de junio de 1980. Contencioso-administrativo. Sala IV. Ponente, señor Díaz Eimil. Disposiciones consideradas: artículos 10, 19 y 35. Repertorio Aranzadi, núm. 3344 (9).*

El ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros representa sin duda un complejo problema constitucional que ya se suscitó en los propios debates de las Cortes de 1977 y respecto del cual sería muy conveniente que se pronunciase la justicia constitucional. A dicha complejidad debe añadirse en este caso una extraña y contradictoria actuación administrativa que pone de relieve la todavía amplia discrecionalidad que preside la conducta del Ejecutivo en materia de extranjería. En resumen, los hechos que enjuicia la Sala de Las Palmas con un criterio luego confirmado por el Tribunal Supremo son los siguientes: con fecha 7 de febrero de 1978 la Dirección General de Seguridad ordena la expulsión del territorio nacional de un súbdito hindú por espacio de dos años, lo que es cumplido por el interesado, quien, sin embargo, regresa a España meses más tarde, solicitando del Gobernador civil de Las Palmas permiso de trabajo y autorización de residencia (10), que como es lógico le fue denegada al no hallarse legalmente en España. No obstante, pocos días después la Dirección General de Seguridad comunica al Gobernador civil su decisión de dejar sin efecto la orden de expulsión, interponiéndose por el interesado recurso de reposición contra el acto del Gobernador civil; pero, paradójicamente, la Dirección General modifica de nuevo su criterio, aunque esta vez sin notificarlo al recurrente, de manera que el Gobierno Civil de Las Palmas desestima finalmente con fecha de 2 de octubre de 1979.

Ante todo, llama la atención la conducta de la Administración, que bien pudiera calificarse de caprichosa. En verdad, la normativa vigente aparece redactada en unos términos que propician dicha actuación (11), pues, además de las expresiones que son propias de los conceptos

---

(9) Sobre esta sentencia, *vid.* el comentario de J. L. PIÑAR, «El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional», *Revista de Administración Pública*, núm. 83, septiembre-diciembre 1980.

(10) Debe señalarse que un Decreto de 2 de junio de 1978 prevé la delegación en los gobernadores civiles de las competencias del Director general de Seguridad para la concesión y anulación de los permisos que regula el Decreto 522/1974, de 14 de febrero.

(11) Dice el artículo 29 del Decreto de 14 de febrero de 1974 que se podrá acordar la expulsión del territorio nacional de extranjeros «cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas así resulte procedente».

jurídicos indeterminados, el precepto se cierra con una cláusula de extensión analógica, siempre rechazable en las normas penales o restrictivas de derechos individuales. De todos modos, es evidente que la redacción del precepto no autoriza una actuación como la contemplada, ya que la causa de expulsión o concurre o no concurre, pero es difícilmente imaginable que en un espacio tan breve de tiempo la Dirección General de Seguridad haya podido dictar tres resoluciones contradictorias y que todas ellas se ajusten a Derecho (12).

La Audiencia, primero, y el Tribunal Supremo, después, confirmarán el criterio del Gobernador civil de Las Palmas, basándose sobre todo en una serie de argumentos formales que cuando menos resultan discutibles. Ciertamente, es verdad que la primitiva orden de expulsión no fue impugnada y que el acto del Gobernador bien podía considerarse como meramente «ejecutivo o de vigilancia», y es verdad también que no cabe invocar, al menos contra la resolución de 15 de mayo, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, conforme al cual el extranjero que se halle legalmente en territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley, pues sobre el recurrente pesaba una orden de expulsión y, por tanto, no se encontraba legalmente en España. Pero, a mi juicio, el Tribunal olvida que la resolución recurrida no es la de 15 de mayo, irreprochable en cuanto ejecuta la orden del Director general, sino la de 2 de octubre, cuya cobertura pudiera encontrarse viciada por la falta de notificación.

Es más, la propia sentencia parece contradictoria en su argumentación, ya que si primero da a entender que el acto del Gobernador es meramente ejecutor y que debería haberse impugnado la primitiva orden de expulsión, más adelante se resta importancia al tercer y definitivo acuerdo de la Dirección General, afirmándose que «como quiera que esta comunicación sólo hay que tomarla como presupuesto de hecho de la resolución del Gobierno Civil, tampoco necesitaba ser notificada al recurrente...». Ahora bien, esta es una cuestión fundamental y determinante para apreciar la indefensión: o las órdenes del Director general son un presupuesto de hecho y entonces el acto del Gobernador no es simplemente ejecutivo o, por el contrario, la decisión

---

(12) Conviene indicar que el proyecto de Ley de Extranjería, en tramitación parlamentaria, sólo mejora de forma parcial la normativa vigente y así, por ejemplo, cabe la expulsión por infracciones meramente formales o por observar una «conducta antisocial» (art. 23), si bien se logra un mayor rigor en lo relativo a las garantías y protección jurisdiccional.

impugnada (del Gobernador) es sólo ejecutiva y entonces la orden del Director general no es un «presupuesto de hecho» y, desde luego, debe ser notificada al interesado.

En realidad, creo que la sentencia parte del error de atender únicamente a las dos órdenes de expulsión, olvidando que entre ambas existe un oficio de 4 de junio en el que la Dirección General decide dejar sin efecto la primera orden de expulsión, de manera que cuando el interesado recurre el 11 de junio contra el «acto de ejecución» de 15 de mayo, puede decirse que se hallaba legalmente en España o, lo que es lo mismo, que el criterio de la autoridad superior que constituía el fundamento del acto impugnado se había modificado en un sentido favorable para el súbdito hindú. Sin embargo, poco después la Dirección General modifica de nuevo su punto de vista, pero sin notificar la orden de expulsión al interesado, por lo que el Gobernador civil desestima el recurso. Ahora bien, no puede decirse, como hace la sentencia, que la tercera orden sea mera reproducción o recordatorio de la primera; se trata de una orden nueva y distinta, por cuanto que en ese período de tiempo la primera decisión fue dejada sin efecto, de modo que el Gobernador civil se encuentra para resolver el recurso ante una cobertura materialmente idéntica a la que inspiró el acto impugnado, pero diferente desde una perspectiva jurídica; diferente y viciada, ya que careció de la preceptiva notificación al interesado.

Al margen del concreto problema debatido, que a mi juicio se resuelve de forma desacertada y restrictiva para los derechos fundamentales, la sentencia ofrece una doctrina mucho más interesante acerca del ejercicio de las libertades por parte de los extranjeros y, en particular, de la libertad de residencia y circulación. Dice, en efecto, el quinto considerando de la sentencia apelada que «aunque el derecho a elegir residencia en el territorio de cualquier Estado viene proclamado como ideal común de todos los pueblos en el artículo 13,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos..., es lo cierto que tal idea no ha conseguido hacerse realidad, y que el artículo 19 del citado texto constitucional reserva este derecho a los nacionales...». Tampoco esta doctrina resulta muy afortunada. Ante todo, no parece que los preceptos constitucionales sobre derechos humanos se interpreten en la sentencia a la luz de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y demás textos internacionales sobre la materia suscritos por España, como manda el artículo 10,2 y, mejor aún, se deduce del artículo 96. Pero, sobre todo, destaca la omisión que se hace de todo análisis del

texto constitucional y, en especial, del artículo 13, precepto nuclear alrededor del que debe construirse el futuro régimen de extranjería y ha de interpretarse hoy la normativa vigente.

Según el artículo 13,1.º de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», con la única excepción, recogida en el número 2 del mismo precepto, de los derechos de participación política reconocidos en el artículo 23. Es cierto que la cuestión ha quedado desconstitucionalizada en virtud del inciso final del número 1.º, pero debe tenerse en cuenta que esas «condiciones» que puede establecer la Ley habrán de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, es decir, deberán respetar «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose por decirlo así» (13). Ciertamente el artículo 13 no se halla incluido en el capítulo II, pero no cabe duda de que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros viene afectada por la cláusula del contenido esencial, ya sea porque desde una perspectiva material el derecho forme parte de ese capítulo y, en consecuencia, deba ajustarse a los requisitos del artículo 53,1.º, cualquiera que sea el titular del derecho; ya sea porque, desde un punto de vista subjetivo, entendamos que el problema de la titularidad de los derechos fundamentales pone en juego el principio de igualdad del artículo 14.

Problema distinto, y en el caso de la sentencia comentada también más importante, es el de si la regla del artículo 13,1.º tiene carácter general o especial en relación con la atribución de titularidad contenida en cada uno de los preceptos del título I: «todos tienen derecho» (art. 15), «toda persona tiene derecho» (art. 18), «los españoles tienen derecho» (art. 19), etc. Una primera solución consistiría en excluir a los extranjeros del goce de las libertades y derechos constitucionalmente atribuidos a los españoles o a los ciudadanos. Esta parece ser la tesis de P. Abarca (14) y también del diputado socialista Sr. Zapatero cuando, tras criticar la exclusión de los derechos políticos estable-

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981. «BOE» de 24 de abril de 1981.

(14) «Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*. Coordinación, T. R. FERNÁNDEZ, UNED, Madrid, 1978, volumen II, p. 369.

cida en el artículo 13,2.º, añade que la misma era innecesaria «por cuanto el texto constitucional, al desarrollar las distintas libertades o derechos fundamentales, establece en cada caso las necesarias diferencias entre nacionales y extranjeros (15). Posiblemente, la intención de quienes defendieron la exclusión expresa de los derechos políticos no fuese otra que la de reforzar el tenor literal del propio artículo 23, haciendo más rigurosa la prohibición. Pero, a mi juicio, se logró el efecto contrario o, al menos, se ofrecieron las bases para sostener la extensión de todos los derechos fundamentales a los extranjeros, pues, al consagrarse el artículo 13 a regular la condición jurídica del extranjero, bien puede defenderse que es un precepto especial y, por tanto, preferente en relación con aquellos otros que atribuyen la titularidad de un derecho a los españoles o ciudadanos. «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23»; luego, *a sensu contrario*, los derechos enunciados en los demás preceptos pertenecen «no solamente a los españoles».

En definitiva, creemos que la Constitución ha «desnacionalizado» el catálogo de derechos fundamentales y que, por lo tanto, la sentencia comentada no tiene razón cuando afirma que el artículo 19 reserva a los nacionales el derecho a entrar y salir libremente de España. Este derecho pertenece también a los extranjeros, sin perjuicio de que la ley pueda establecer algunas condiciones específicas que en ningún caso afectarán a su contenido esencial.

Este punto de vista sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por extranjeros, referido a la normativa constitucional, se ve confirmado si tenemos en cuenta que la Convención europea de derechos humanos de 1950 constituye una norma de Derecho Interno que debe ser aplicada por nuestros Tribunales, pues, al margen de la discutible norma interpretativa del artículo 10,2, el artículo 96,1 establece la recepción en nuestro Ordenamiento jurídico de los convenios válidamente celebrados por España. En este sentido, el artículo 1.º de la Convención determina que «Las Altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título primero de la presente Convención» (16) y parece

---

(15) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 68, año 1978. Sesión número 7 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, p. 2414. *Constitución española*. Trabajos parlamentarios, vol. I, p. 958.

(16) En términos análogos está redactado el artículo 2, 1.º, del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966.

evidente que las personas «dependientes de su jurisdicción» no son sólo los nacionales, ni siquiera los extranjeros con autorización de residencia. A través de la Convención europea puede decirse que toda persona que se halle en territorio español goza de una buena parte de los derechos reconocidos en la Constitución española, más concretamente de aquellos que aparecen definidos en la Convención; al margen naturalmente de que tal solución venga impuesta también por el artículo 13,1.º (17).

10. *Sentencia de 25 de junio de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. José Luis Ruiz Sánchez. Disposición considerada: art. 9,3. Repertorio Aranzadi, núm. 2685.*

El Tribunal Supremo estima en parte el recurso interpuesto contra la resolución sancionadora de la Dirección General de Comercio Interior de 2 de octubre de 1973, confirmada en alzada, por la que se imponía una multa de 500.000 pesetas al amparo de una normativa posterior a la fecha en que se levantaron las actas de la Inspección origen del expediente administrativo. En consecuencia, la sentencia aplica, junto al artículo 2,1.º del Código civil, el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, recogido en el artículo 9,3.º de la Constitución.

Ciertamente, en este caso el texto constitucional ha venido a confirmar un criterio ya consagrado en la legislación ordinaria, pero no obstante la sentencia presenta un indudable interés desde el punto de vista de la interpretación del principio de irretroactividad en relación con las normas administrativas (18), así como de la convalidación de los actos anulables a que se refiere el artículo 53 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la sentencia declara que los reglamentos carecen «in natura» de la posibilidad retroactiva, pues esta posibilidad es, en esencia, patrimonio de las disposiciones con rango de Ley, adhiriéndose así a una interpretación rigurosa del término «leyes» utilizada por el artículo 2 del Código civil; regla general confirmada por el artículo 45 de la Ley

---

(17) Conviene indicar, no obstante, que el derecho de residencia y circulación no aparece en el Convenio de 1950, sino en su protocolo adicional 4.º

(18) *Vid.* sobre la cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1980, pp. 74 y ss.

de Procedimiento Administrativo y que no admite excepciones tratándose de materia sancionadora, sobre todo después de la entrada en vigor de la Constitución. La aplicación de una norma posterior con un criterio de retroactividad inadmisibles no constituye un acto anulable, sino que, como es obvio, se trata de un acto «contra legem» y, por lo tanto, nulo de pleno Derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. De ahí que la sentencia rechace la convalidación pretendida por el Ministerio de Comercio al amparo del artículo 53 de la Ley de Procedimiento.

11. *Sentencia de 27 de junio de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. José Luis Martín Herrero. Disposiciones consideradas: arts. 3, 24-2 y 53. Repertorio Aranzadi, núm. 2686.*

La Sala III confirma la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid que anulaba un acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central, relativo a una infracción de contrabando, declarando el Tribunal Supremo que existe una falta de prueba sobre los hechos imputados y a tal fin recuerda que el artículo 24,2, inciso último, de la Constitución recoge «el derecho de todos los españoles a la presunción de inocencia, declaración que según el artículo 53 vincula a todos los poderes públicos, por lo que hay que partir de esa presunción «iuris tantum» de inocencia... lo que significa que la falta de prueba de esa culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia en virtud de la presunción constitucional».

Destaca en este fallo de la Sala III el rigor en la apreciación de la prueba, lo que es plausible habida cuenta de la sustancial identidad entre penas y sanciones administrativas, pues como es bien sabido la extraordinaria proliferación de estas últimas constituyó un modo de eludir todo el sistema de garantías previsto por el Derecho liberal (19). Por otra parte, tiene interés para nosotros la argumentación del segundo considerando, relativa al valor de unos documentos expedidos por las autoridades aduaneras alemanas y presentados al Tribunal sin su correspondiente traducción castellana «por lo que, siendo esta

(19) Para la evolución de las sanciones administrativas en nuestro Derecho, véase PARADA, «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *Revista de Administración Pública* núm. 67.

lengua la única oficial del Estado español, según el artículo 3.º de la Constitución, carecen de relevancia alguna» dichos documentos, añadiendo que el «conocimiento particular (de los jueces) de idiomas distintos al castellano ni es exigido por las leyes procesales u orgánicas ni, en caso de conocerlos, puede servir para hacer uso de ellos en las actuaciones procesales, porque precisamente ello sería extraprocesal, y en algunos casos productor de indefensión de los inculpados».

Tal vez resulte apresurado intentar obtener de estas palabras una doctrina general sobre una cuestión no planteada como es la del valor probatorio de los documentos escritos en otras lenguas españolas diferentes a la castellana, pero de la sentencia parece deducirse que sólo el castellano puede servir en las actuaciones procesales. Bien es cierto que en materia sancionadora debe optarse por un criterio restrictivo, pues no en vano una reivindicación del humanitarismo penal fueron las leyes claras y sencillas, inteligibles por todos (20), pero en cualquier caso la generalización de esta doctrina puede tener importantes consecuencias y no sólo para los documentos públicos o privados, sino incluso para las normas jurídicas de las Comunidades Autónomas o de entidades locales que eventualmente puedan aparecer en lenguas distintas a la oficial española. Creemos que ningún Tribunal puede negarse a considerar una norma jurídica dictada según el esquema de fuentes diseñado en la Constitución, pero es evidente también que los españoles sólo tienen el deber de conocer el castellano y que, como dice la sentencia comentada, la admisión de otros idiomas pudiera ser causa de indefensión. Por ello, en relación con las normas jurídicas, parece que su promulgación en castellano, que no excluye utilizar también otras lenguas, es condición de validez; o, dicho de otra forma, a ningún español se le puede exigir como obligatoria la conducta prevista en una norma que no tiene el deber de conocer.

Sin embargo, en relación con los documentos probatorios la cuestión parece más complicada, pues la admisión en juicio de los escritos en otras lenguas españolas en ocasiones no tiene por qué ser causa de indefensión, sino todo lo contrario: la no admisión puede ser causa de indefensión, y en lugar de servir a la presunción de inocencia, puede convertirse en un obstáculo a la defensa.

---

(20) «¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas...», BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, cit., p. 181.

12. *Sentencia de 3 de julio de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. E. Diaz Eimil. Disposiciones consideradas: artículos 13 y 24. Repertorio Aranzadi, núm. 3404.*

Esta sentencia resuelve un caso en cierto modo análogo al examinado en la anterior de 25 de junio, a cuyo comentario me remito (21); si bien, a mi juicio, el criterio ahora sostenido resulta mucho más plausible y ajustado al texto constitucional. Se trata, en síntesis, del recurso entablado por un súbdito alemán contra la orden de expulsión de España dictada por el Gobernador civil de Castellón, como consecuencia de un informe del Comisario jefe de Policía de dicha provincia. La expulsión trataba de ampararse en la «conducta irregular» a que alude el artículo 29 del Decreto de 14 de febrero de 1974, fundándose en los siguientes hechos: retirada del pasaporte a petición del Consulado alemán por cuestiones fiscales que no llegaron a determinarse; supuesto delito de apropiación indebida de un automóvil alquilado; intento de disolver una sociedad civil o mercantil y, finalmente, haber resultado perjudicado en una presunta estafa.

La Sala de instancia estima el recurso basándose en dos argumentos principales. Ante todo, en la presunción de inocencia que impide aceptar la existencia de una «conducta irregular», ya que «la mera denuncia no puede significar la forzosa responsabilidad penal, y cualquier consecuencia que en tal sentido pudiera presumirse se opone a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución». En segundo lugar, el reconocimiento de que la Constitución tutela los derechos fundamentales de la persona sin discriminación de nacionalidad, invocándose de modo particular el artículo 13 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, «que determina que el extranjero sólo podrá ser expulsado del territorio español en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley...», lo que, como hemos visto, no sucede en el caso que nos ocupa.

En definitiva, nos hallamos ante una aplicación correcta de la Constitución y del Pacto Internacional y también ante una doctrina más liberal o generosa que la sostenida en la precedente sentencia de 25 de junio acerca de la titularidad por los extranjeros de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

---

(21) Número 9/1980 de nuestro repertorio.

13. *Sentencia de 11 de julio de 1980. Contencioso-Administrativo Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposiciones consideradas: artículos 10,1, 19, 20,4, 28,2, 37,2, 53,1, 97 y derogatoria tercera. Repertorio Aranzadi, núm. 2950.*

Tres años después de promulgada la Constitución bien puede decirse que el régimen de ejercicio del derecho de huelga es en una parte importante de origen jurisprudencial, pues ha sido el Tribunal Constitucional y antes los Tribunales ordinarios quienes, trabajando sobre un material jurídico anterior a 1979 de dudosa constitucionalidad y mediante decisiones a veces contradictorias, han ido perfilando los elementos y condiciones de ejercicio de este derecho. Además de la que ahora comentamos, cabe citar como fallos más notables la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 1980, las del Tribunal Supremo de 24 de septiembre del mismo año y, finalmente, las de 8 de abril y 17 de julio de 1981, ambas del Tribunal Constitucional (22). Si exceptuamos a la del Tribunal Constitucional de 8 de abril, que tiene un objeto más amplio, todas las demás giran en torno a una misma cuestión: los límites del derecho de huelga en los servicios públicos, en este caso, en la RENFE y Metropolitano de Madrid (23).

---

(22) La de 8 de abril resuelve un recurso de inconstitucionalidad entablado por parlamentarios socialistas contra el Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo; ponente, señor don Luis Díez PICAZO, «BOE» de 25 de abril de 1981. La sentencia de 17 de julio, del mismo ponente que la anterior, se refiere a un recurso de amparo presentado por el sindicato Comisiones Obreras contra las Circulares 450 y 451 de la Delegación del Gobierno en RENFE, que habían sido anuladas por la decisión citada de la Audiencia Nacional y declaradas legítimas por una sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre.

(23) Entre la bibliografía más reciente sobre el derecho de huelga cabe citar: BARREIRO, G.: «La disponibilidad del derecho de huelga y su garantía en la Constitución», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979; MARTÍN VALVERDE, A.: «El derecho de huelga en la Constitución de 1978», *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979; DAUBLER, W.: «La huelga en la Constitución española», en el volumen *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980; ENRIQUE DE LA VILLA, L.: *Algunas reflexiones para la regulación legal de la huelga*, en Estudios en memoria del profesor G. BAYÓN, Tecnos, Madrid, 1980.

Por otra parte, y en relación con la huelga en los servicios públicos, debemos citar el trabajo de A. BAYOS: «La intervención del Gobierno en las huelgas de RENFE y del Metro de Madrid», *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 58, 1980; del mismo autor, «Sobre el derecho de huelga en los servicios esenciales de la Comunidad», Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980. Vid. también el comentario de E. BAYÓN a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio y 24 de septiembre de 1980, en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 4, 1980.

Esta sentencia de 11 de julio que, no lo olvidemos, es anterior a los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, presenta el interés de enjuiciar la legitimidad del Real Decreto 266/1980, de 8 de febrero, que autorizaba a la Delegación del Gobierno en RENFE a determinar «con carácter restrictivo, el personal estrictamente necesario para asegurar la prestación del servicio de transporte ferroviario esencial...» y que, por lo tanto, constituye el fundamento de las Circulares 450 y 451, más tarde impugnadas ante el Tribunal Constitucional.

Aunque la sentencia aborda la cuestión en el quinto considerando, creo que el primer pronunciamiento a examinar es el relativo a la presunta ilegitimidad formal de la normativa vigente en materia de huelga, que obviamente no satisface las exigencias constitucionales sobre desarrollo de los derechos fundamentales. De este problema nos hemos ocupado en la primera parte del trabajo (24), por lo que no insistiremos en nuestro punto de vista, aunque sí conviene indicar la postura coincidente del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, si bien en este último caso sobre la base de una argumentación más discutible, ya que sostiene la legitimidad formal del Decreto-ley de huelga de 1977, al menos de su título I, en el hecho de que haya sido reconocido «en la Ley posterior que aprobó el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, como así lo establece el número 15 de la Disposición Final 3.<sup>a</sup>».

En realidad, el Decreto-ley pudo merecer un reproche en cuanto su contenido fuese contrario a lo establecido en la Constitución, pero no por el motivo formal de que regulase una materia reservada a la Ley (art. 53,1.º), más concretamente a la ley orgánica y excluida, por tanto, del ámbito objetivo del Decreto-ley (art. 86), y ello aunque entendiésemos que la citada norma no hubiese sido asumida o «convalidada» por el Estatuto de los Trabajadores (25). La legitimidad formal del Decreto-ley resulta incuestionable, ya que, como indica con acierto la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva

---

(24) Vid. número 1 de esta *Revista*, pp. 232 y s.

(25) Digamos, por otra parte, que la derogación parcial del Decreto-ley por el Estatuto no supone que los fragmentos no derogados hubiesen transformado su naturaleza formal, asumiendo la propia del Estatuto, de manera que normas preconstitucionales hubiesen pasado a ser posconstitucionales. Véase sobre la cuestión el epígrafe 6 de los «Fundamentos Jurídicos» de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, ya citada.

no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación» (26).

En cuanto al problema de fondo, la sentencia dedica un extenso considerando a justificar el carácter limitado que tienen todos los derechos fundamentales y, en particular, el de huelga. En realidad, tal explicación era en este caso innecesaria por cuanto la propia Constitución ha establecido expresamente un límite específico al ejercicio de este derecho: «la ley... establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad» (artículo 28,2.º). No obstante, parece que el Tribunal Supremo ha querido sentar una doctrina general sobre este tema, y así, tras afirmar que «en materia de limitaciones sobre un derecho fundamental la interpretación ha de hacerse con criterio restrictivo, a fin de no imponer a las personas otras limitaciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales más que las que exijan el bien común y el respeto a los derechos de los demás», se extiende en una prolija enumeración de textos internacionales que, a nuestro juicio, aportan muy poca luz sobre la cuestión debatida, para terminar afirmando que en definitiva ningún derecho tiene carácter absoluto o ilimitado. En ningún momento la sentencia se detiene a valorar la cláusula del «contenido esencial» del artículo 53, que meses más tarde serviría de base al Tribunal Constitucional para juzgar la legitimidad de los límites previstos por el Decreto-ley de 1977 al ejercicio del derecho de huelga.

Sin embargo, tal vez la cuestión más interesante que presentaba el Real Decreto impugnado era la del alcance de esa cláusula limitativa recogida por el artículo 28,2 de la Constitución, esto es, el problema del «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad». En primer lugar, y aunque no lo diga expresamente, la sentencia entiende que el artículo 10,2 del Decreto-ley de 1977, que habla de la «prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad» puede reconducirse a lo establecido en el artículo 28,2 de la Constitución, lo que parece acertado y más tarde sería confirmado por el Tribunal Constitucional al juzgar sobre la validez de dicho precepto.

---

(26) Debe indicarse que esta cuestión no fue directamente suscitada por los recurrentes; es más, en el escrito de alegaciones de 23 de mayo de 1981, no tomado en consideración por no ajustarse al artículo 88 de la Ley Orgánica del Tribunal, se acepta «la posibilidad de que el Decreto-ley anterior fuera subsumible formalmente por el orden jurídico constitucional». Vid. este escrito, así como los demás antecedentes y la sentencia en «La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de huelga y conflictos colectivos», *Instituto de Estudios Sociales*, Madrid, 1981.

Debemos indicar, no obstante, que el Tribunal no se detiene en el análisis de la posible inconstitucionalidad del Decreto-ley, ni, lo que es menos comprensible, ofrece un criterio general para delimitar lo que es el «mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad».

En este sentido, el Tribunal Supremo se limita a declarar que la finalidad del Decreto no es otra que la de garantizar el funcionamiento del servicio público ferroviario, «por ser manifiesto» que el mismo «es uno de los servicios públicos esenciales de la comunidad nacional», valorando positivamente el hecho de que las medidas adoptadas por RENFE sólo impidiesen el ejercicio del derecho de huelga a 14.000 de los 72.000 empleados de la compañía. Pero esta sentencia no llega a concretar en qué circunstancias puede aplicarse este límite de los «servicios esenciales». Para ello hemos de acudir a dos fallos que, aunque contradictorios, optan por un mismo concepto amplio (27): la sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio y la del Tribunal Supremo de 24 de septiembre. La primera dirá que «son esenciales para la comunidad aquellos que posibilitan a sus miembros el ejercicio de los derechos y libertades básicas, entre los que se cuenta el de circular por el territorio nacional (art. 19 de la Constitución)». En la misma línea, el Tribunal Supremo vincula el concepto de servicio esencial con la acción de «posibilitar el ejercicio por los demás de los otros derechos fundamentales reconocidos por el texto constitucional».

En definitiva, tras un examen global de las sentencias recaídas sobre la cuestión, parece que la jurisprudencia ordinaria se inclina por una solución que pudiéramos calificar como moderada o intermedia. Ante todo, se rechaza el criterio más restrictivo de considerar que el mantenimiento de los servicios esenciales implica garantizar, desde la perspectiva de la empresa, un nivel mínimo de actividad que garantice su no paralización. Se estima, creo que con razón, que el límite constitucional pretende proteger a la «comunidad» que precisa ciertos servicios esenciales y no a las compañías que los prestan, de manera que primariamente será menester considerar la necesidad que la sociedad tiene de esos servicios. En segundo lugar, parece rechazarse también una concepción excesivamente rigurosa en la delimitación de los servicios esenciales; por tal no deben entenderse sólo los abso-

---

(27) La contraposición entre un concepto estricto y un concepto amplio de servicios esenciales la encontramos, como luego veremos, en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981. También se encuentra, aunque con un sentido diferente, que es el que aquí utilizamos, en el trabajo ya citado de MARTÍN VALVERDE.

lutamente vitales, como los sanitarios o de seguridad ciudadana, sino también, por ejemplo, los de transporte como RENFE o Metropolitano de Madrid.

Con alguna matización importante, el Tribunal Constitucional comparte esta doctrina cuando, en su sentencia de 17 de julio, afirma que «un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende... Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». De donde el Tribunal Constitucional deduce que, en puridad, no existe un «transporte ferroviario esencial» que deba mantenerse «en cualquier situación de huelga», como afirmaba el Decreto de 8 de febrero de 1980, sino que lo esencial se halla en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de las mercancías necesarias..., por lo que para valorar el límite al derecho de huelga establecido en el artículo 28,2.º será preciso examinar en cada caso concreto la extensión territorial y personal, así como su duración. En este punto sí parece existir una diferencia importante con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio que justifica estos comentarios cuando en su sexto considerando afirma «ser manifiesto que el servicio ferroviario de RENFE es uno de los servicios públicos esenciales de la comunidad nacional».

No cabe duda que las decisiones comentadas han venido a cubrir una importante laguna legal y a esclarecer el significado de ese límite específico del derecho de huelga que es el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. Creo que se trata en general de una contribución valiosa para dotar de una cierta seguridad jurídica al régimen de los conflictos laborales y, en particular, de la huelga. Sin embargo, la tesis adoptada, que en lo que se refiere al Tribunal Constitucional parece renunciar a la delimitación de un catálogo de «servicios esenciales», y que pone el acento en la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos o, incluso, que supone elevar las necesidades ciudadanas al rango de derechos fundamentales (28), no parece plenamente satisfactoria, al menos desde una perspectiva teórica.

Ante todo, afirmar que el derecho a la huelga en el transporte debe ceder ante «el más fundamental de circular libremente por el territorio

---

(28) *Vid.* en este sentido el punto de vista de MARTÍN VALVERDE: *Op. cit.*, p. 247.

nacional» (29) supone considerar el derecho reconocido en el artículo 19 como superior o preferente, para lo cual se carece de fundamento alguno, y, sobre todo, implica aceptar que la libertad de circulación comprende el derecho a utilizar un determinado medio de transporte, de manera que un derecho que en la Constitución se configura como de autonomía (libertad de circulación) se transforma en un derecho de crédito o prestación. De la misma forma que el Tribunal Supremo ha declarado, creo que con razón, que la libertad de expresión no incluye el derecho a disponer de un cierto medio de comunicación, así tampoco puede considerarse que la libre circulación comprende el derecho a exigir el funcionamiento del ferrocarril en un supuesto de ejercicio del derecho de huelga. Claramente nos hallamos ante uno de esos derechos cuya satisfacción exige el respeto de un ámbito de autonomía, no una prestación de contenido positivo por parte de los poderes públicos. Ello no supone que la Ley que desarrolle el artículo 28,2 no deba incluir a la RENFE entre los servicios esenciales; podrá hacerlo, pero no tanto en atención a la existencia de un derecho subjetivo en sentido estricto, sino valorando otros bienes protegidos constitucionalmente, como las exigencias de la economía nacional, etc.

Por otra parte, en algunos supuestos de huelga a los que resulta aplicable la normativa sobre «servicios esenciales» no creemos que pueda considerarse que lo esencial es el derecho fundamental insatisfecho. Así, una huelga de servicios sanitarios no es susceptible de limitación porque vulnera el «derecho a la protección de la salud», entre otros motivos porque nuestra Constitución configura tal derecho como un principio de la política social y económica (art. 43,1). Lo esencial en este caso no es el derecho, sino el servicio, la actividad que se despliega.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional insiste en que lo esencial no debe buscarse tanto en la actividad en que consiste el servicio, como en los bienes o intereses satisfechos. Pero, desde esta perspectiva, se corre el riesgo de dejar en una indefinición permanente el catálogo de servicios esenciales o, lo que es lo mismo, de considerar que la cláusula limitativa del artículo 28,2 es en principio aplicable a cualquier huelga siempre que, en el caso concreto y vistas las circunstancias, ponga en peligro esos bienes o intereses, que por otra parte tampoco aparecen definidos con precisión. Resultado que juzgamos insatisfactorio y no demasiado fiel a la letra de la Constitución.

---

(29) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980.

En definitiva, creo que esta doctrina jurisprudencial, que trata de inscribir el límite del artículo 28,2 en el marco de una «teoría general» sobre los límites al ejercicio de los derechos fundamentales y, en concreto, a partir del límite del derecho ajeno, resulta razonable y necesaria mientras la ley no delimite cuáles son los «servicios esenciales», pero en modo alguno exime de la obligación de dictar una ley de desarrollo del artículo 28,2. Una ley que debe ser más objetivista, es decir, que debe enumerar, en garantía de la seguridad jurídica, qué tipo de servicios han de quedar satisfechos en todo caso. Naturalmente, el Tribunal Constitucional podrá corregir la apreciación del legislador sobre el concepto constitucional de «servicios esenciales de la comunidad», pero siempre sobre la base de que resulte perfectamente objetivado el núcleo de actividades a las que cabe aplicar el límite específico del derecho de huelga del artículo 28. En otro caso, es decir, si suponemos que lo esencial no es el servicio, sino los «derechos fundamentales» y los «bienes constitucionalmente protegidos», el límite comentado será potencialmente aplicable a cualquier huelga que de un modo u otro afecte a tales derechos o bienes (30).

Problema diferente es el de delimitar cuáles son los servicios esenciales. Esta tarea corresponde al legislador y ya señalábamos antes que puede optarse por un concepto estricto o por una noción amplia, pues ambas me parecen constitucionales. Por otro lado, es evidente también que la ley puede valorar el grado en que la satisfacción de un servicio es necesario para el ejercicio de los derechos fundamentales o para la realización de uno de los bienes constitucionalmente protegidos. Pero siempre sobre la base de delimitar el catálogo de servicios esenciales.

14. *Sentencia de 24 de septiembre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposiciones consideradas: artículos 28,2 y 37,2. Repertorio Aranzadi, núm. 3248.*

Esta Sentencia, relativa asimismo a la huelga de RENFE, declaró la legitimidad de las Circulares 450 y 451 de la Dirección de dicha empresa, dictadas al amparo del Real Decreto 266/1980, de 8 de febrero,

---

(30) Sobre esta cuestión en Derecho Comparado, véase M. ALONSO, F. ALMENDROS, F. PÉREZ y E. ROJO: *La huelga y el cierre empresarial*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1979.

que fue objeto de examen en el comentario precedente. La doctrina de este fallo en torno al concepto constitucional de servicios mínimos de la comunidad (art. 28,2) fue objeto de análisis también en el comentario anterior, donde procuramos ofrecer una visión global de todas las decisiones jurisprudenciales sobre el aludido concepto.

Sin embargo, aquí se plantean además algunos problemas interesantes en torno al contenido normativo de dichas Circulares y a la competencia para fijar en cada caso los límites del derecho de huelga al amparo del artículo 28,2, cuestiones sobre las que más adelante se pronunciaría el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de julio de 1981 (31).

Sostiene el fallo del Supremo que la legitimidad de las Circulares sobre servicios mínimos en RENFE deriva de la propia conformidad a Derecho del Real Decreto 266/1980, pues, en realidad, aquéllas «no contienen reglas de Derecho, sino que se limitan a indicar a los agentes de RENFE cómo deben entender y aplicar» el Real Decreto, «teniendo, pues, un efecto de orden interior sin encubrir auténticas normas reglamentarias», ni crear «una obligación o regla nueva que no esté implícita o explícitamente establecida en el Real Decreto». Mediante esta argumentación, el Tribunal Supremo trataba de rebatir la tesis de la Audiencia Nacional, para quien las facultades que el artículo 10,2 del Decreto-ley de Relaciones de Trabajo atribuye al Gobierno en orden a limitar la huelga en los servicios públicos no es delegable, sino a lo sumo en alguno de los Ministros; tesis que nos parece mucho más razonable por cuanto en otro caso termina siendo el empresario, la Dirección General de RENFE, la encargada de señalar los servicios mínimos y, en definitiva, de limitar el ejercicio de un derecho constitucional como el de huelga.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia ya citada, viene a corregir implícitamente la jurisprudencia del Supremo al decir que «privar a un conjunto de ciudadanos en un caso concreto de un derecho constitucional, como es el reconocido en el artículo 28 de la Constitución, es algo que sólo puede ser llevado a cabo por quien tiene responsabilidades y potestad de gobierno», «pues esta es una decisión eminentemente política que afecta a los derechos y libertades públicas de los ciudadanos...».

Por ello, el Tribunal Constitucional declara la conformidad de la Circular 450, ya que en ella no se procedía a la real limitación de nin-

---

(31) «BOE» de 13 de agosto de 1981, núm. 193.

gún derecho, sino a la aprobación del Plan Esencial de Transporte, que «en sí mismo considerado no es otra cosa que una hipotética previsión... de carácter fundamentalmente abstracto», cuyas medidas aparecen «desvinculadas y sin conexión alguna con ningún tipo de situación real de huelga, que tampoco queda descrita por ninguna clase de características». Únicamente cabría cuestionar la legitimidad de estas previsiones, añade el Tribunal Constitucional, en el supuesto de que estuviesen concebidas y dirigidas a impedir el ejercicio de los derechos.

Sin embargo, por las mismas razones, la sentencia otorga el amparo solicitado contra la Circular 451, que establecía el llamado «nivel 2» para la huelga convocada en febrero de 1980. La nulidad deriva, en primer lugar, de que la Circular haya sido dictada por la Dirección de RENFE, pues «por esta oblicua vía se llega a consignar la suerte de los derechos constitucionales de los trabajadores en manos de un órgano de gestión de la empresa». En segundo término, se aduce la falta de motivación de la concreta medida adoptada para asegurar un servicio mínimo de transporte (nivel 2), señalando que, si bien la motivación no vendría exigida por las reglas de procedimiento administrativo, «cuando se coarta, como en este caso, el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización...». Finalmente, el Tribunal, tras declarar que la adopción de uno u otro nivel de limitación del derecho no se efectúa dentro de un marco de discrecionalidad, dirá que en la limitación de los derechos fundamentales corresponde a la autoridad la carga de la prueba, es decir, la justificación de la adecuación y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

En definitiva, a través de esta sentencia de amparo el Tribunal Constitucional no sólo corrige en parte la doctrina del Supremo, sino que completa la interpretación iniciada por la sentencia de inconstitucionalidad de 8 de abril de 1981 y ofrece unos valiosos criterios generales sobre el régimen de ejercicio del derecho de huelga que son perfectamente aplicables a los demás derechos fundamentales. Unos criterios que, sin duda, responden al principio «favor libertatis»: la limitación de los derechos es una decisión política de responsabilidad gubernamental, que debe consistir en medidas estrictamente proporcionales y adecuadas, que deben motivarse y que no forman parte de ninguna potestad discrecional de la Administración que no pueda ser fiscalizable por el Tribunal.

15. *Sentencia de 24 de septiembre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposiciones consideradas: artículos 28,2 y 37,2. Repertorio Aranzadi, núm. 3249.*

La presente sentencia declara la conformidad a Derecho de las Normas e Instrucciones de Servicio dictadas para asegurar el funcionamiento del Metropolitano de Madrid en caso de huelga. Su doctrina no difiere de la contenida en los fallos de 11 de julio y 24 de septiembre sobre la huelga de RENFE, a cuyo comentario nos remitimos.

16. *Sentencia de 24 de septiembre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala V. Ponente, Sr. D. A. Falcón García. Disposiciones consideradas: artículos 24 y 117. Repertorio Aranzadi, núm. 3278.*

Aborda esta sentencia el interesante tema de la justiciabilidad de la actuación administrativa y, en particular, los posibles efectos derogatorios de la Constitución sobre la legislación anterior, que excluía del recurso contencioso-administrativo determinados actos de la Administración; todo ello con motivo del recurso entablado por un Coronel contra acuerdos del Consejo Superior de la Armada que, según el párrafo 2.º de la disposición adicional 3.ª de la Ley 78/1968, gozan de inmunidad ante la jurisdicción, salvo que se aleguen vicios de procedimiento.

La decisión del Tribunal bien puede calificarse en esta ocasión de conservadora y escasamente sensible a las exigencias constitucionales, pues manifiesta que el artículo 24 de la Constitución «es una declaración de derechos y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales», añadiendo que, a tenor del artículo 117,3.º de la propia Constitución, han de ser necesariamente las leyes y no la jurisprudencia quienes procedan a la extensión del ámbito de fiscalización jurisdiccional, por lo que, mientras tanto, deben considerarse vigentes los preceptos que excluyen del conocimiento de los Tribunales algunas actuaciones administrativas.

En verdad, creo que nos hallamos ante una doctrina poco afortunada, que olvida uno de los postulados esenciales del Estado de Derecho, a saber: el «sometimiento pleno a la ley y al Derecho» de la Administración Pública (art. 103,1), que se traduce en su universal justiciabili-

dad (32) y que, desde luego, excluye cualquier intento de resucitar la arcaica doctrina de los actos políticos (33), desterrada de nuestra Constitución de modo rotundo por más que algún autor haya querido mantenerla buscando cobertura en el artículo 97 (34). Pues bien, la norma discutida, que excluye del recurso contencioso los acuerdos del Consejo Superior de la Armada, responde sin duda al mismo espíritu que animó la doctrina de los actos políticos, versión moderna de la más antigua de los «*arcana imperii*»: la conveniencia de preservar en manos del poder un haz de facultades inmunes al Derecho, no sometidas a ese principio de racionalización de la fuerza en que se concreta la juridificación de la política.

Pero si decimos que la doctrina del T.S. nos parece poco afortunada es porque la derogación del citado precepto, además de venir exigida por la letra y el espíritu de la Constitución, no planteaba obstáculos técnicos importantes; concretamente, no producía, como sugiere la sentencia, un «vacío de Derecho», una ausencia de normatividad que hubiera de ser cubierto sin más por el Tribunal. Ante todo, no es cierto que el artículo 24 sea una simple declaración de derechos, «que no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales», porque todos los preceptos del título I de la Constitución son declaraciones de derechos, sin que por lo general especifiquen modos concretos de tutela, y no por ello carecen de garantía; precisamente porque gozan de la prevista en la Constitución y en las leyes procesales. Cuando el artículo 24 asegura a todas las personas el «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales...», no necesita añadir la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos, ni especificar tampoco cuáles son esos jueces y tribunales, pues ello viene perfectamente aclarado en el título VI de la Constitución y en la legislación procesal, en el caso que nos ocupa, en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En el fondo de esta decisión del T.S., parece latir una idea todavía

---

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., vol. I, p. 486.

(33) *Vid.* sobre el tema GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública* núm. 38 y Civitas, Madrid, 1974; CARRO FERNÁNDEZ: «La doctrina del acto político», *Revista de Administración Pública* núm. 53.

(34) ALZAGA, en su conocido comentario de la Constitución, trata de obtener consecuencias jurídicas de la división del artículo 97 en dos preceptos, separados por un punto y seguido, afirmando que la dirección de la política interior y exterior, de la Administración civil y militar y de la defensa del Estado, constituyen otros tantos ámbitos de inmunidad, actos discrecionales, p. 615.

bastante pobre de la propia jurisdicción, que concibe a ésta como un remedio casi excepcional, que debe ser previsto en cada caso por la ley y que, desde luego, admite cuantas excepciones establezca la propia ley, cuando, en realidad, a la vista de la nueva Constitución, la justiciabilidad de toda actuación administrativa es un principio general sin excepciones. En este sentido, dice el primer considerando que «la extensión de la competencia (de la Jurisdicción) ha de ser fijada por éstas (las leyes)», olvidando que hoy parecería mucho más razonable examinar el fundamento de la excepción vigente que exigir la promulgación de una ley que extendiese el ámbito del recurso contencioso-administrativo; sencillamente porque esa extensión o, si se quiere, universalización de la fiscalización jurisdiccional, se ha producido ya por efecto de la nueva Constitución. No cabe alegar, por lo tanto, una «ausencia de normatividad» que impida conocer del recurso, pues esa normatividad se obtiene de la Constitución y de la Ley de la Jurisdicción. La primera declarando que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales; que esos jueces y tribunales son precisamente los ordinarios de acuerdo con el principio de unidad jurisdiccional; y, finalmente, que la Administración actúa con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, de manera que «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican» (art. 106, 1.º), lo que equivale a sentar un principio de universal justiciabilidad de la actuación administrativa. Por su parte, la Ley de la Jurisdicción contempla el procedimiento a seguir, sin duda vigente, pero siempre en el marco de esas tres grandes orientaciones constitucionales.

17. *Auto de 26 de septiembre de 1980. Contencioso - Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. M. Sainz Arenas. Disposiciones consideradas: art. 9,3. Repertorio Aranzadi, núm. 3251.*

No plantea esta decisión de la Sala III ninguna cuestión relevante en torno a la interpretación o aplicación del texto constitucional, pues se limita a rechazar en su cuarto considerando la pretensión del recurrente de considerar vulnerado el principio de seguridad jurídica al no haberse concedido la solicitada suspensión de acto administrativo, ya que dicho principio se encuentra «salvaguardado por el juego de las acciones y recursos ejercitados ante las autoridades administrativas

y judiciales competentes...». Por lo demás, el Auto declara una vez más el carácter especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales, en el sentido de que sus normas de procedimiento no derogan o sustituyen a las reglas generales que regulan la Jurisdicción más que en los supuestos de tutela de tales derechos.

18. *Sentencia de 29 de septiembre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. don A. Huerta y Alvarez de Luna. Disposiciones consideradas: art. 20. Repertorio Aranzadi, núm. 3351.*

Al igual que la precedente, tampoco esta sentencia suscita cuestiones relevantes o polémicas acerca de la interpretación del texto constitucional, limitándose a declarar, con motivo de un recurso de casación sobre delito de desacato, que la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución se encuentra limitada por las restricciones que establece la Ley de protección del individuo contra la calumnia, la injuria y la difamación. Concretamente, la Sala II estima que si bien resulta legítima la crítica de un justiciable sobre la sentencia que resuelve la cuestión que sometió a la decisión judicial, ya no lo es afirmar que directa y personalmente un Magistrado no obró con justicia.

19. *Sentencia de 13 de octubre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposiciones consideradas: art. 28,2. Repertorio Aranzadi, núm. 3745.*

El Tribunal Supremo declara la conformidad a Derecho de las Circulares 450 y 451 de la Dirección General de RENFE. Nos remitimos al comentario de las sentencias de 11 de julio y 24 de septiembre de 1980.

20. *Sentencia de 20 de octubre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. E. Díaz Eimil. Disposición considerada: artículo 137. Repertorio Aranzadi, núm. 3924.*

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra una sentencia de la Sala de Las Palmas, que había confirmado la suspensión por el alcalde de los efectos de una

licencia de obras concedida por la Comisión Provincial de Urbanismo. La invocación del principio de autonomía municipal, contenido en el artículo 137 de la Constitución (35), por parte del Tribunal, si bien no resulta extemporánea, tiende sobre todo a reforzar las conclusiones que ya había obtenido la Sala de instancia a partir de una correcta interpretación de los preceptos de la Ley del Suelo. Concretamente, dice el segundo considerando, que oponerse a la facultad que tienen reconocida los alcaldes para suspender los efectos de licencias en atención a una manifiesta infracción urbanística grave, supondría «limitar sin fundamento normativo alguno la autonomía municipal en esta materia, convertida hoy en esencial principio rector de la organización territorial del Estado, acogido y declarado en el artículo 137 de la Constitución».

21. *Sentencia de 21 de octubre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposición considerada: art. 9.3. Repertorio Aranzadi, núm. 3761.*

La idea de la sustancial unidad del Derecho punitivo del Estado y singularmente la exigencia de respeto de los principios y derechos fundamentales, cualquiera que sea la jurisdicción o campo en que se ejerza esa facultad sancionadora, parece hoy una doctrina pacífica en la jurisprudencia contenciosa, según teníamos ocasión de ver en una sentencia de 27 de junio de 1980, y según se desprende de la que ahora comentamos. En cierto modo, este punto de vista, que pretende extender al Derecho Administrativo los principios del humanismo penal, logra paliar los efectos nocivos que para el Derecho liberal tuvo y sigue teniendo la extraordinaria proliferación de las sanciones administrativas, cuya dureza supera con frecuencia la del Libro III del Código Penal (36).

Es bien conocido que las sanciones administrativas, al menos las de protección del orden general, carecen de justificación y de funcionalidad. De justificación porque es idea consustancial al Estado de Derecho el respeto al principio de separación de poderes. Carecen

(35) Sobre el principio de autonomía de las entidades locales, *vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, «BOE» de 24 de febrero de 1981, número 47.

(36) A pesar de que el artículo 603 del Código Penal ordenaba que mediante reglamentos no se estableciesen sanciones superiores a las previstas para las faltas penales (Libro III), lo cierto es que hoy aquellas suelen ser mucho más rigurosas.

de funcionalidad porque pretenden satisfacer finalidades idénticas a las perseguidas por la legislación penal cuyo conocimiento se encomienda al juez. El Derecho Administrativo puede decirse que expropió la función, pero por desgracia no hizo lo mismo con los modos y formas de proceder que caracterizan al Derecho Penal y al poder judicial. Tipificaciones ambiguas y cláusulas de extensión analógica, desconocimiento de una teoría general de la infracción administrativa que ofrezca las garantías de la teoría general del delito, quiebra de la presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba, tendencia objetivista que anula o minusvalora las circunstancias personales, etc., son algunas de las notas que han caracterizado al Derecho Administrativo sancionador y que han justificado su crítica desde los postulados del humanismo penal propios del Estado de Derecho.

Sin embargo, es justo reconocer que por obra de la jurisprudencia hoy se tiende hacia la unificación del Derecho punitivo del Estado o, si se quiere, hacia la exigencia en el Derecho Administrativo de aquellas condiciones que en el ámbito penal ordinario representan la garantía de la libertad y seguridad del individuo frente al poder. En verdad, esa unificación nunca podrá ser total, pero al menos debe admitirse que las peculiaridades más hirientes del orden sancionador administrativo están en trance de desaparecer o de suavizar sus efectos. En este sentido, creemos que resulta ejemplar la sentencia que ahora comentamos cuando afirma que el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, «sea cual sea la jurisdicción o campo en que se produzca, viene sujeto a unos mismos principios...».

De acuerdo con este planteamiento, el Tribunal Supremo anula una sanción impuesta por el Consejo de Ministros a una empresa cinematográfica por no haber respetado la llamada «cuota de pantalla» en favor de las películas españolas, ya que la misma se fundaba en los artículos 17 y 19 del Decreto de 11 de noviembre de 1977, declarados ilegales por una sentencia precedente de la propia Sala III. Dicha ilegalidad se justifica «por estar la cuota de pantalla regulada en un Decreto sin rango de Ley y ser esta materia reservada a la Ley formal, por representar una específica y grave limitación al principio de libertad de comercio para las empresas cinematográficas, declarándose por ello que tales preceptos, por su carácter reglamentario, contradecían el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, proclamados y garantizados ambos en el texto constitucional». Como es

lógico, declarada la ilegalidad de la cobertura normativa reglamentaria, deben también anularse las sanciones impuestas a su amparo.

Llama particularmente la atención el motivo expresado por el Tribunal para considerar ilegal la cuota de pantalla, fundándose en una argumentación que, cuando menos, puede calificarse de atrevida, ya que en lugar de verificar un juicio material o de fondo para constatar que la llamada cuota de pantalla representa una limitación injustificada de la libertad de comercio o, si se quiere, que vulnera el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 38 de la Constitución (libertad de empresa), lo que se hace es más bien un juicio formal tendente a demostrar la inadecuación entre la materia regulada y el cauce normativo elegido, con la notable peculiaridad de que dicha norma fue promulgada un año antes que la Constitución. De esta cuestión nos hemos ocupado en la primera parte de este trabajo (37) y si bien la solución que ofrece la sentencia nos parece en definitiva acertada, no debe ocultarse que atribuir a la Constitución efectos derogatorios en materia de organización de fuentes del Derecho resulta arriesgado y, según creo, también erróneo. Las normas anteriores a la Constitución que no se ajusten a los modos de producción normativa establecidos por ésta no deben considerarse ni derogadas ni inconstitucionales cuando esa ilegitimidad formal no se acompañe de una ilegitimidad material o de fondo (38).

22. *Sentencia de 31 de octubre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, Sr. D. E. Medina Balmaseda. Disposición considerada: art. 14. Repertorio Aranzadi, núm. 3999.*

El principio constitucional de igualdad ante la Ley es invocado en esta sentencia para confirmar otra anterior de la Sala de Pamplona y reconocer el derecho que asiste al recurrente para que le sea concedida una licencia municipal de obras. El Tribunal Supremo, tras recordar la naturaleza reglada que tiene la concesión de licencias municipales, valora el hecho de que se hayan otorgado otras para fines similares, declarando lo improcedente de la denegación, entre otros

---

(37) Número 1 de esta *Revista*, pp. 232 y s.

(38) *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y la del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1980. Número 13/1980 de nuestro comentario.

motivos, porque así lo exige el respeto al «principio de igualdad de los españoles, recogido en la Constitución..., cuyo artículo 14 lo proclama paladinamente en relación con el artículo 348, en este punto concreto, del Código Civil, que ampara la propiedad sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes».

La fiscalización de las potestades administrativas a través de este principio de igualdad no es desde luego una novedad en el ámbito de la Jurisdicción contenciosa (39), pero en cualquier caso es destacable la cita de la Constitución, que recuerda el obligado respeto a un principio que es garantía de certeza, seguridad e interdicción de la arbitrariedad en el comportamiento de la Administración.

23. *Sentencia de 31 de octubre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. D. B. Gil Sáez. Disposición considerada: art. 4.º. Repertorio Aranzadi, número 4232.*

Acertada sentencia de la Sala II que contiene una precisa definición de la bandera nacional, de acuerdo con la descripción contenida en el artículo 4.º de la Constitución. Con motivo de un recurso de casación sobre el delito de ultraje a la bandera y respondiendo a las alegaciones de la defensa en el sentido de que sólo puede considerarse bandera española aquella que, además de tener su aspecto externo, aparezca debidamente utilizada, según lo preceptuado en el Decreto de 24 de noviembre de 1978, el Tribunal Supremo declara que «el signo representativo es el indicado por la estructuración, colores y franjas señaladas en la Constitución y sea cualquiera el lugar... donde ondee será el emblema por excelencia, puesto que una cosa es su representatividad y otra el buen o mal uso regulado en el Decreto citado».

24. *Auto de 31 de octubre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. D. M. García Miguel. Disposiciones consideradas: art. 117. Repertorio Aranzadi, número 4239.*

Mediante este auto el Tribunal Supremo resuelve un conflicto de competencias entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar con unas consideraciones muy similares a las del Auto de 2 de mayo de 1980, a cuyo comentario nos remitimos.

---

(39) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, cit., vol. I, p. 400.

25. *Auto de 5 de noviembre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. D. B. Gil Sáez. Disposición considerada: art. 14. Repertorio Aranzadi, número 4428.*

El Tribunal Supremo, en una decisión, a mi juicio, desafortunada, declara la inadmisión de un recurso de casación por infracción de ley, concretamente del artículo 14 de la Constitución. El recurrente, que fue condenado a pena superior a la que correspondió a su coautor, sin que se justifique este diferente tratamiento, invoca el artículo 14 de la Constitución, y el Tribunal declara que «el precepto constitucional citado es un principio programático y como tal su normativa y ámbito se desenvuelve a través de las leyes procedentes que le dan aplicación práctica en la vida general de la sociedad..., por lo que su invocación ha de encarnar en un precepto penal sustantivo o de norma jurídica positiva del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal».

Del problema de la cualificación jurídica de los preceptos constitucionales nos hemos ocupado en la primera parte de este trabajo, así como en el comentario de varias decisiones que cuestionan su aplicabilidad directa, pues en realidad del punto de vista que adoptemos sobre el mismo depende la eficacia real de la Constitución en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Pero en este caso merecen destacarse los términos categóricos con que se formula esta doctrina, que bien pudiera calificarse de conservadora, pues encuentra su origen teórico en el constitucionalismo conservador decimonónico. El Tribunal Supremo deniega la procedencia de aplicar el artículo 14, no porque dude de su alcance en el caso concreto ni porque piense que el principio de igualdad no resulta vulnerado por la decisión recurrida, sino sencillamente porque no se siente obligado por un principio constitucional. En otras palabras, según esta doctrina, el artículo 14 no es una de aquellas normas sustantivas que deban observarse en la aplicación de la ley penal y, por lo tanto, no puede ser invocado como fundamento de un recurso de casación. No insistiremos en el juicio crítico que nos merece este punto de vista, contrario a lo establecido en los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución.

Por otra parte, creo que el supuesto enjuiciado bien pudo haber sido resuelto mediante la aplicación del principio de igualdad por cuanto se reconoce que el recurrente fue condenado a tres meses de arresto mayor «y, sin embargo, por los mismos delitos condena al

también coautor» a dos meses del indicado arresto, sin que conste el motivo de este trato desigual. Ciertamente, los Tribunales gozan de un cierto grado de discrecionalidad en la fijación de la pena, pero no es ésta la cuestión debatida, sino el hecho de que castiguen la autoría en un mismo delito con sanciones diferentes, lo que pudiera interpretarse como una violación del principio de igualdad, ya que éste, según ha declarado el Tribunal Constitucional, «encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales». Por lo tanto, puede aducirse la quiebra de este principio «cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los sujetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en razón a una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos» (40).

26. *Sentencia de 8 de noviembre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. don J. H. Moyna Ménguez. Disposición considerada: art. 117,5. Repertorio Aranzadi, núm. 4461.*

Nuevamente aborda aquí el Tribunal Supremo un problema de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar con motivo de un delito de robo presuntamente cometido en un cuartel de la Guardia Civil. Interpreta la Sala II que el «ámbito estrictamente castrense» a que se refiere el artículo 117.5 como excepción al principio de unidad jurisdiccional, «en el aspecto objetivo viene definido por los llamados lugares o espacios militares», lo que ciertamente la Constitución no dice, pero sí puede deducirse de la legislación aplicada.

27. *Sentencia de 12 de noviembre de 1980. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, Sr. D. F. Roldán Martínez. Disposición considerada: art. 9.3. Repertorio Aranzadi, núm. 4083.*

La presente sentencia, tanto en los hechos enjuiciados como en la argumentación jurídica y fallo, es análoga a la de 21 de octubre de 1980, a cuyo comentario me remito.

---

(40) Sentencia de amparo de 10 de julio de 1981. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Ponente: Señor D. M. Díaz de Velasco Vallejo. «BOE» de 20 de julio de 1981, núm. 172.

28. *Sentencia de 2 de diciembre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. don J. Moyna Ménguez. Disposición considerada: art. 23, 1.º. Repertorio Aranzadi, núm. 4766.*

La presente sentencia de la Sala II contiene una mera referencia al artículo 23, 1.º, de la Constitución, con motivo de un delito electoral. Concretamente, afirma que el derecho de participación política mediante elecciones encuentra su garantía penal en el título VIII de las normas electorales aprobadas por Real Decreto-ley de 18 de marzo de 1977, pero no plantea ninguna cuestión relevante de interpretación constitucional.

29. *Sentencia de 22 de diciembre de 1980. Criminal. Ponente, Sr. don F. Cotta y Márquez de Prado. Repertorio Aranzadi, núm. 5038.*

En la misma línea de otras decisiones sobre competencias de jurisdicción, el Tribunal Supremo declara que si bien ni la Constitución ni la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de 26 de diciembre de 1978 han derogado el artículo 6.2 del Código de Justicia Militar, sí han extraído de tal precepto «a los paisanos que cometan los delitos que en el mismo se recogen, los que pasarán a ser enjuiciados por la jurisdicción ordinaria, como posteriormente ha sancionado ya con carácter indubitado la Ley 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar».

*(Conclusión.)*

