

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

LUIS PRIETO SANCHIS

**SUMARIO:** I. LA TEORÍA DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA EN EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. NORMAS MATERIALES Y FUENTES DEL DERECHO.—II. ANOTACIONES SOBRE LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN: 1. Las primeras manifestaciones de eficacia del texto constitucional. Tres resoluciones de 1978. 2. El Tribunal Supremo ante la Constitución. III. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS QUE SE CONSIDERAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, AÑO 1979.—IV. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS QUE SE CONSIDERAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES, AÑO 1980.

## I. LA TEORÍA DE LA VALIDEZ Y DE LA EFICACIA EN EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. NORMAS MATERIALES Y FUENTES DEL DERECHO

La misión de todo comentario de jurisprudencia consiste en informar acerca del comportamiento de los Tribunales, pero no sobre la validez de las normas, ya que en principio la existencia jurídica de éstas no depende de la interpretación y aplicación que del Derecho realicen los jueces. La validez de una norma cualquiera no se debe supeditar a su correcta interpretación, ni siquiera a que sea aplicada para resolver el supuesto de hecho por ella contemplado; es válida cuando cumple los requisitos formales y materiales exigidos para la creación de normas jurídicas o, si se prefiere, cuando la «regla de reconocimiento» (1) la acepta como elemento integrante del orden jurí-

---

\* Primera parte de un trabajo que continuará publicándose en sucesivos números de la Revista.

(1) La expresión es de HART: *The concept of Law*, 1961. Trad. de G. CARRIÓ: *El concepto de Derecho*, 2.ª ed., Editora Nacional de México, 1980, pp. 125 y ss.

dico (2). Quiere ello decir que un comentario de esta naturaleza sólo marginalmente debe preocuparse por la existencia o validez jurídica de las normas, ya que primariamente lo que pretende descubrir es su eficacia real, es decir, qué reglas son aplicadas por los Tribunales para la resolución de los conflictos, cuándo y con qué alcance.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia que se comenta es constitucional, el problema es muy diferente, ya que entonces validez y eficacia pierden buena parte de sus elementos específicos, y el estudio sobre el Derecho de los libros (*law in books*) tiende a confundirse con el conocimiento del Derecho vivo (*law in action*). La validez de la Constitución no puede hacerse descansar sobre una condición del pensar jurídico como es la norma hipotética fundamental, sino sobre su propia eficacia; la idea puede encontrarse en el propio Kelsen (3) y no en vano se ha dicho que el criterio kelseniano de existencia de un sistema jurídico puede formularse como sigue: «un sistema jurídico existe si y sólo si reúne un cierto grado mínimo de eficacia» (4). El criterio de la validez de las normas ofrece todo su juego en una reflexión de teoría general del Derecho, esto es, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, y sirve para explicar *ad intra* el complejo sistema del Derecho moderno. Pero la validez se difumina cuando agotamos el itinerario ideal de las concatenaciones que forman esa imagen tan repetida de la pirámide jurídica; entonces, cuando hemos de dar el imposible salto de la constitución jurídico-positiva a la constitución lógico-jurídica y no podemos aceptar que las condiciones del conocimiento se transformen en el propio objeto de conocimiento, es decir, cuando reflexionamos sobre la Constitución, el esquema jurídico de la validez adopta una dimensión política, de eficacia. En definitiva, y para decirlo con palabras de Esposito (5), las disposiciones constitucionales, a diferencia de cualquier otra norma jurídica, no aparecen sólo sometidas a la condición jurídica de la va-

(2) La comprobación de la validez requiere, según Bobbio, una triple constatación, a saber: que la autoridad de la que emana la norma tiene poder legítimo para producir normas jurídicas, que la norma no haya sido abrogada y que no resulte incompatible con otra norma del sistema, en particular con una norma jerárquicamente superior o con una norma posterior. *Vid. Teoría della norma giuridica*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 37 y ss.

(3) *Vid. Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. de 1960. Cito por la traducción francesa de Ch. Eisenmann: *Théorie pure du Droit*, Dalloz, París, 1962, p. 280.

(4) *Vid. Raz, J.: The Concept of a legal system. An Introduction to the Theory of Legal System*, 1970. Trad. italiana de P. Comanducci: *Il concetto di sistema giuridico. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 143-144.

(5) *La validità delle leggi*, 1934. Cito por la nueva edición inalterada de 1964, páginas 203-208.

lidez, sino también a la condición de hecho de eficacia. El Derecho positivo reconoce la licitud del poder de los órganos del Estado, pero no puede conferir efectivamente el poder y la posibilidad de ejercerlo, siendo el uno y la otra de naturaleza política y no jurídica; de manera que la validez de las disposiciones constitucionales queda subordinada, por la propia naturaleza de su contenido, a su capacidad de traducirse en acto y a la efectiva subsistencia y permanencia del poder político en el que se reconoce la capacidad jurídica de poseerlo.

No obstante, parece que también sería exagerado suponer que del comportamiento del Tribunal Supremo dependa la existencia de la Constitución; obviamente, no sucede así y ello al menos por dos razones: primero, porque las casi cinco mil resoluciones que anualmente dicta el Tribunal Supremo representan una mínima parte de los actos de aplicación del Derecho y, por tanto, de la Constitución. No pensemos sólo en la actividad recién iniciada del órgano específico de tutela constitucional, sino también en la vida cotidiana de los ciudadanos con el complejo entramado de relaciones privadas y laborales, en el comportamiento de las Cortes Generales, de la Administración civil y militar, de los jueces inferiores, etc. En todos esos ámbitos se dirime la eficacia de la Constitución. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la eficacia de la Constitución ni ha de ser absoluta y permanente ni puede verse comprometida porque alguna de sus cláusulas no supere durante muchos años el carácter meramente retórico. Es claro que no todos los preceptos constitucionales condicionan de igual modo la eficacia del texto en su conjunto y que, por otro lado, el respeto al mismo ha de ser sólo la conducta habitual de los ciudadanos y de los poderes públicos, de manera que las infracciones constituyan una excepción a la regla general.

Las sentencias del Tribunal Supremo tienen en cualquier caso una extraordinaria importancia para medir la eficacia del nuevo texto constitucional, no sólo por el reconocido prestigio y valor jurídico de su doctrina, sino también porque en una Constitución como la española, repleta de disposiciones materiales de indudable vocación transformadora de la realidad social, el comportamiento de los Tribunales resulta esencial para no frustrar las expectativas abiertas por esas disposiciones. Los jueces pueden y deben interpretar el ordenamiento de acuerdo con la Constitución, aplicar sus preceptos en la medida de lo posible, aunque el legislador omita su desarrollo, e incluso plantear la cuestión de inconstitucionalidad, cuando proceda, a tenor del artículo 163. La relevancia de su función deriva en buena parte del propio carácter del texto constitucional; no discutimos ahora el pro-

blema de si es lícita la aplicación directa o si la ley constituye mediación necesaria, sino el motivo de que, en un sistema de jurisdicción concentrada de modelo austriaco, el juez ordinario actuando dentro de su competencia deba interpretar y aplicar la Constitución.

La Constitución, no el Código civil, diseña el sistema de fuentes del Derecho, atribuyendo a los órganos del Estado (6) competencia para crear normas jurídicas; es, según dice MORTATI (7), una «fuente sobre la producción» del Derecho o, si se prefiere, la norma jurídica que regula la creación de normas jurídicas generales (8). Desde esta perspectiva, la Constitución satisface una función jurídica que es obviamente función política (9), porque al establecer el sistema de fuentes lo que se hace es distribuir el poder. La eficacia del texto constitucional depende entonces del comportamiento regular de los poderes públicos, lo que en verdad no es poco, pues la juridificación de las decisiones políticas, el sometimiento del poder al Derecho, no ha sido una conquista sencilla ni en realidad puede darse por acabada. Pero si la Constitución española fuese sólo esto, la función de los jueces quedaría devaluada, ya que, siguiendo el sistema de la ley austriaca, la fiscalización se encomienda a un órgano especial no integrado en el poder judicial, cuyo origen no es reciente, ya que puede buscarse en los mismos orígenes del constitucionalismo (10). Pero nuestra Constitución, recuperando el sentido originario del liberalismo revolucionario, no sólo es una fuente sobre la producción del Derecho, sino que quiere presentarse también como una verdadera fuente del Derecho de la que nacen derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos. No estamos ante una decisión caprichosa del legislador constituyente, sino que representa la culminación de

(6) Desde este punto de vista, que sólo parcialmente puede compartirse, el pueblo se concibe también como órgano del Estado. Vid. sobre ello, por ejemplo, JELLINEK: *Allgemeine Staatslehre*, trad. de F. DE LOS RÍOS de la 2.ª ed. alemana: *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1978, pp. 409 y ss. FISCHBACH: *Derecho político general y constitucional comparado*, trad. de W. ROSES, Ed. Labor, Barcelona, 1928, pp. 13 y ss.

(7) *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padova, 1975, vol. I, pp. 299 y ss.

(8) Esta es la Constitución en sentido material de Kelsen. Vid. *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de GARCÍA MAYNEZ, 1.ª ed., 1949, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 146 y ss.

(9) Recordemos que para Kelsen función estatal equivale a función jurídica. Vid. *Théorie pure du Droit*, cit., pp. 299 y ss.

(10) Nos referimos al «jury constitutionnaire» de Sieyès, que fue presentado a la Convención el 27 de termidor del año III (14 de agosto de 1795) y que, por cierto, fue el primero en abandonar los presupuestos rousseaunianos, no atribuyendo la fiscalización constitucional en último término a la decisión popular. Vid. el texto del proyecto de Sieyès en BATTAGLINI: *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 190 y ss.

una larga evolución de la idea constitucional que traduce el propio desarrollo político de Europa desde el siglo XVIII. RUBIO y GARCÍA DE ENTERRÍA han estudiado recientemente esta evolución, y a sus trabajos nos remitimos (11), pero sí conviene decir aquí que la noción kelseniana de Constitución material supone tal vez el fruto más depurado de un proceso cuyo origen puede buscarse incluso en SIEYÈS, que se consolida en las monarquías limitadas de legitimidad dual y que cristalizará dogmáticamente en la teoría subjetivista alemana de la escuela de Derecho público.

La aludida recuperación del sentido originario del constitucionalismo implica, en síntesis, una firme y consecuente rehabilitación de la soberanía popular o, si se quiere, de la idea de poder constituyente y, por tanto, la afirmación de que el Estado, los concretos y singulares órganos estatales, se hallan sometidos al imperio constitucional, el cual expresa una voluntad extraña al propio Estado que bien puede seguir llamándose voluntad general. Por supuesto, ello supone abandonar la sutil teoría de la autolimitación y, en definitiva, desmitificar el Estado, sacrificando ciertas ideas hegelianas más arraigadas de lo que a veces se piensa. Como dice el profesor RUBIO (12), «si se parte de la idea de la soberanía popular... para subrayar el carácter germinal, no sólo en el tiempo, que es lo de menos, sino sobre todo en el orden lógico, de este poder, la incardinación en la Constitución de los derechos ciudadanos y de los deberes del poder, o, lo que es lo mismo, la afirmación de la Constitución como fuente del Derecho, adquiere una firmeza granítica». Y añade, pensando probablemente en la vieja dogmática alemana, que entonces «esta limitación no resulta de un acto libre de esas instancias concretas de poder o del Estado..., sino de la dependencia en que esos órganos se encuentran respecto del pueblo». Sin detenernos ahora en la exégesis de los preceptos, digamos que la idea que la Constitución tiene sobre sí misma se acomoda a la noción originaria apuntada, y en tal sentido basta recordar los artículos 1-2.º, 9-1.º, 53 y, sobre todo, los títulos IX y X, cuya importancia para este tema es fundamental.

De esta auténtica decisión política derivan al menos dos consecuencias de importancia. Por un lado, el carácter normativo de la Consti-

(11) Vid. RUBIO LORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. I, pp. 53 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución Española. Un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 91 y ss., y en *Anuario de Derecho Civil*, 1979.

(12) RUBIO LORENTE: *La Constitución como fuente del Derecho*, cit., p. 59.

tución; ésta se concibe como norma jurídica, como fuente del Derecho, vinculante para los ciudadanos y para los poderes públicos, sin que la ley represente una mediación necesaria que cualifique jurídicamente los preceptos constitucionales. Hoy este punto de vista parece una opinión pacífica sobre la que volveremos más adelante. En segundo lugar, deriva también un cierto contenido para la propia Constitución, ya que junto a las disposiciones que organizan los poderes, es decir, que atribuyen competencias y que, en definitiva, señalan el modo de creación de normas jurídicas, aparecen todo un conjunto de normas materiales que, si se nos permite evocar el contractualismo liberal, representan aquella parte de libertad que el pueblo, en su función constituyente, se reserva como herencia intangible del estado de naturaleza, cuya protección y garantía no sólo constituyen el límite del poder constituido, sino que representan en el mundo secularizado la única razón de existir del propio Estado.

Pues bien, esas normas materiales (13) constituyen el eje sobre el que debe girar toda la actividad judicial, y el hecho de que sean muy numerosas en la Constitución de 1978 no hace más que realzar la función de los jueces en la interpretación y aplicación de nuestra ley fundamental. Las normas materiales no organizan el modo de ser del ordenamiento, sino que resueltamente se integran en él, por lo que su consideración por los órganos que aplican el Derecho representa una condición ineludible para su efectividad. La opción en favor de un sistema de jurisdicción concentrada siguiendo el modelo kelseniano, no debe confundirnos: el Tribunal Constitucional no ha secuestrado la Constitución; es su intérprete supremo y goza de alguna competencia exclusiva, singularmente de la de expulsar del ordenamiento las normas inconstitucionales, pero nada más. La jurisdicción ordinaria dispone de un extensísimo campo en el que practicar su interpretación y aplicación del texto constitucional; es más, si no lo hiciese, dejaría un vacío imposible de salvar por otros órganos y la Constitución sufriría irremediablemente en su eficacia y, por tanto, como indicábamos al principio, también en su validez.

Una explicación detallada de las funciones que corresponde satisfacer a la jurisdicción ordinaria respecto de la Constitución desbordaría el propósito de estas páginas introductorias, que en cierto modo sólo quieren servir de contrapunto al inevitable casuismo de estos

---

(13) Rubio clasifica las normas materiales de la Constitución del siguiente modo: derechos fundamentales, garantías institucionales, mandatos al legislador y principios fundamentales y fines del Estado. *Vid. La Constitución como fuente del Derecho*, cit., pp. 62 y ss.

comentarios; pero, al menos, es preciso enunciar las manifestaciones de esa competencia para comprender el sentido de los fallos que luego expondremos (14). Ante todo, los Tribunales interpretan la Constitución para decidir si alguno de sus preceptos resulta o no aplicable al caso debatido. En segundo lugar, enjuician la constitucionalidad de las leyes, ya sea para concluir que no existe antinomia, ya sea, en caso contrario, para plantear la cuestión de inconstitucionalidad o aplicar, si procede, la disposición derogatoria tercera. En tercer lugar, enjuician la constitucionalidad de los reglamentos y de los actos jurídicos públicos y privados. Finalmente, los jueces deben interpretar las normas jurídicas a la luz de la Constitución, rechazando toda construcción o doctrina que lleve a resultados incompatibles con el sentido de los preceptos constitucionales.

## II. ANOTACIONES SOBRE LA EFICACIA DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. *Las primeras manifestaciones de eficacia del texto constitucional. Tres resoluciones de 1978.*

No sería correcto suponer que el espíritu constitucional haya logrado impregnar todos los tejidos de la sociedad española ni transformar de la noche a la mañana el comportamiento de la Administración civil y militar, de los Tribunales y de las relaciones jurídico-privadas. Tal vez ninguna norma jurídica pueda alcanzar una vocación innovadora de esa naturaleza, pero en el caso de la Constitución española de 1978 las dificultades y obstáculos se hacen más patentes, no por esa pretendida retórica constitucional que en modo alguno representa una característica consubstancial a todos sus preceptos, sino por muy diversos motivos de naturaleza política y no política, pero en cualquier forma ajenos a la estricta consideración jurídica sobre la fuerza y valor de los textos constitucionales. Aquí nos vamos a ocupar de las grandes decisiones, de la conducta del Tribunal Supremo, pero es indudable que este trabajo no puede proporcionar una imagen totalmente certera acerca de la vigencia real de la Constitución. ¿Cuántos conflictos llegan a conocimiento del más alto Tribunal? ¿Cuántas arbitrariedades y violaciones de los derechos fundamentales quedan sin respuesta jurídica, ya sea por ignorancia o escepticismo ante la complejidad de esta delicada maquinaria que es el Estado de Dere-

(14) Vid. sobre este tema GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, cit., pp. 115 y ss.

cho? Sabemos que estas reflexiones son casi una obviedad, pero conviene insistir en que estas páginas sólo pueden representar una primera aproximación, titubeante y difusa, al más complejo problema de la eficacia del nuevo Derecho y, en particular, de la Constitución. Veremos algunas sentencias ejemplares de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, pero probablemente se obtendrá una imagen distorsionada si suponemos que en esas decisiones se resume el comportamiento de todas las instituciones. Un conocimiento empírico inmediato nos indica que la Constitución halla dificultades a cada paso, que sigue siendo una norma extraña en algunos ámbitos, y no precisamente porque los encargados de aplicarla sientan un temor reverencial a interpretar la voluntad general, no por miedo a invadir las competencias, reales o supuestas, del Tribunal Constitucional.

Incluso la conducta del Gobierno y de las Cortes no siempre tiene el rigor que fuese de desear. Se aprueban decretos-leyes que limitan o suspenden el ejercicio de derechos fundamentales, se habla de leer dos y tres veces el título VIII, etc. lo que en el mejor de los casos supone una notable superficialidad en el tratamiento constitucional. Decididamente, el poder ha tomado conciencia de que no es el guardián del Derecho, sino su creador, su único artífice, pero tal vez en ocasiones no es muy consciente de que la primera condición de legitimidad del ejercicio del poder en el Estado de Derecho radica en la juridificación de las decisiones políticas, es decir, en el sometimiento del Estado al Derecho, de los órganos del Estado a la voluntad general que se formaliza en la Constitución. Nos hallamos, en definitiva, ante una de las manifestaciones del *Déclin du Droit* denunciado por RIPERT (15).

Las condiciones políticas del proceso constituyente creemos que no son ajenas al tema que nos ocupa. Tal vez no ha existido conciencia de cambio político en la medida necesaria, pero lo cierto es que, desde la cúspide hasta la base de la Administración, los mismos servidores públicos han seguido aplicando el mismo Derecho y conocida es la inercia que acompaña a todo proceso de aplicación cotidiana de las mismas normas, y también esa arraigada costumbre de preferir la Orden o Circular que resuelve el problema concreto y específico en detrimento de normas de mayor rango, pero más generales, respecto de las cuales todavía no se ha producido la «interpretación de la superioridad». Por otra parte, debe tenerse en cuenta que antes de 1978 no existía en España el hábito de aplicar las Leyes Fundamentales, pro-

(15) *Le déclin du Droit. Etudes sur la législation contemporaine*. LGDJ, Paris, 1949, p. 222.

bablemente porque no eran una Constitución en sentido riguroso. Así, pues, el problema de la inobservancia de la Constitución no tiene siempre su origen en una premeditada resistencia política, sino que existen otras causas, complejas y diversas, que probablemente se irán superando con el paso del tiempo y, sobre todo, con la actuación ejemplar de los Tribunales de Justicia y, en particular, del Tribunal Supremo.

Pese a todas las dificultades, es perfectamente posible reconstruir una historia constitucional de estos dos últimos años a través de numerosas resoluciones y sentencias que hicieron de la Constitución el principal punto de referencia para fundar una decisión, para dirimir un conflicto o para determinar el grado de legitimidad de una pretensión. Sin embargo, sería injusto circunscribir esta historia a las tareas del Tribunal Supremo; en este primer comentario no podemos silenciar algunos comportamientos que tuvieron gran trascendencia, no sólo por su valor intrínseco, sino porque bien puede decirse que iniciaron la aplicación del texto constitucional.

Según creemos, corresponde al Tribunal Económico Administrativo Central el mérito de haber reconocido por vez primera la eficacia inmediata de la Constitución en una Circular de 12 de diciembre de 1978 (16), es decir, anterior a la entrada en vigor del texto Constitucional, que ordenaba la puesta en libertad de los sancionados con prisión subsidiaria como consecuencia del impago de multas impuestas por los Tribunales de Contrabando al amparo de la Ley de 15 de julio de 1964. Con ello, se reconocía la fuerza derogatoria del precepto contenido en el artículo 25, 3, de la Constitución (17), así como su eficacia retroactiva, por tratarse de una disposición favorable.

Con no menor claridad que el Tribunal Administrativo, la Fiscalía General del Estado venía a reconocer, en Circular de 30 de diciembre de 1978, la naturaleza de la Constitución como norma jurídica o fuente del Derecho directamente aplicable (18), en relación primeramente con los derechos fundamentales recogidos en el capítulo II del título I, pues «todos ellos constituyen el catálogo de vigencias, cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta, sino de manera precisa, como misión dinámica fundamental

(16) *Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda* de 25 de enero de 1979.

(17) «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, implique privación de libertad».

(18) Circular de la Fiscalía General del Estado número 7/1978 sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1979.

para el mantenimiento del orden jurídico...» (19). Y esta es una protección que no se hace depender en principio de ningún desarrollo legislativo, pues ante la violación de las normas reguladoras de tales derechos, corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones penales procedentes, sin perjuicio de que la ley pueda abrir nuevas vías de recurso, de acuerdo con los artículos 53 y 161 de la Constitución. Una tesis análoga se mantiene por el Fiscal general en lo relativo a la protección penal de la Corona (20) al afirmar que la libre expresión consignada en el artículo 20.1.a) de la Constitución, que hace posible el ejercicio del derecho subjetivo sin que la mediación del legislador resulte imprescindible, debe interpretarse de acuerdo con las limitaciones que para esa misma libertad previene el número 4 del citado precepto, «entre las que cobran primacía, como Ley de Leyes, las declaraciones y principios de la propia Constitución» (21). En este aspecto, expresamente se afirma que, cualquiera que sea la demora en la publicación de un nuevo Código Penal, «no cabe aceptar que, entre tanto, pueda quedar desprovista de protección penal la forma de Gobierno, la Corona y las personas e Instituciones que constitucionalmente la integran» (22). Aunque la forma de resolver la pretendida antinomia entre la libertad de expresión y la necesaria tutela de las instituciones constitucionales nos parece discutible, llena de ambigüedades y, en definitiva, peligrosa para la no menos necesaria garantía del derecho fundamental, lo que sin duda queda claro y ahora interesa destacar es la decidida actitud del Fiscal general en orden a la inmediata aplicación del texto constitucional.

Por otra parte, merece destacarse que la Circular no formula propiamente ninguna distinción entre las normas constitucionales que se funde en la eficacia de cada una de ellas. Se estima que todos los preceptos ostenten el mismo valor, si bien, como es comprensible desde una perspectiva penal respetuosa con el principio de legalidad, se llama la atención del legislador acerca de la escasa o nula tutela penal de algunos derechos reconocidos en la Constitución (23). Pero es importante señalar que de esta constatación no se deriva ningún resultado devaluatorio para las normas constitucionales, sino en todo caso para los derechos en ellas recogidos. El sentido de los preceptos debe tomarse siempre en consideración para lograr una interpretación

(19) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 1.

(20) Circular de la Fiscalía General, cit., pp. 2 y 3.

(21) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 3.

(22) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 2.

(23) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 5.

unitaria y coherente del ordenamiento y así «en tanto se cuente con las adecuadas medidas sancionadoras, esta Fiscalía recomienda muy especialmente de una interpretación rigurosa de los preceptos penales relacionados con las declaraciones de los artículos 45 y 46 de la Constitución» (24), es decir, nada menos que con principios rectores del capítulo III. Implícitamente, se alude aquí a la distinción entre normas constitucionales y derechos subjetivos que juzgamos de gran importancia a la hora de delimitar con rigor la eficacia de los derechos fundamentales recogidos en el capítulo II y de los principios de la política social y económica del capítulo III, del título I. En particular, como veremos, resulta útil para salvar la desafortunada redacción del inciso final del artículo 53,3.º: «Sólo podrán ser alegados (los principios del capítulo III) ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.» Por el contrario, pueden ser alegados y deben aplicarse por los Tribunales; lo que sucede es que no puede pretenderse la tutela en cuanto que derechos subjetivos mientras las normas constitucionales no obtengan un desarrollo legal que precise su alcance y articule un sistema de protección (25).

Por último, queremos recordar aquí una breve Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 (26), que juzgamos significativa al haber abierto las puertas de nuestro Derecho matrimonial a los vientos de la secularización y de la libertad religiosa (27). Esa secularización, que propician en especial los artículos 14 y 16 al proclamar la igualdad de todos los españoles sin discriminación por motivos religiosos y la no confesionalidad del Estado, había de gozar lógicamente de la eficacia inmediata que deriva de los artículos 9,1.º y 53, así como de la disposición derogatoria, sobre todo en aquellos sectores del ordenamiento que, por su incidencia en el ámbito de la conciencia individual, parecen más sensibles a este tipo de modificaciones. En estos motivos se funda la citada Instrucción, en cuya virtud se acuerda excluir de los expedientes matrimoniales la acreditación de heterodoxia, lo que implica reconocer que la entrada en vigor de la Constitución ha modificado los artículos 42 y 86 del Código Civil, así como las disposiciones concordantes del Reglamento del Registro Civil.

(24) Circular de la Fiscalía General, cit., p. 6.

(25) Vid. las apreciaciones de RUBIO sobre este precepto en *La Constitución como fuente del Derecho*, cit., pp. 62 y ss.

(26) *Boletín Oficial del Estado* de 30 de diciembre de 1978.

(27) De este tema nos hemos de ocupar más adelante, ya que ha sido objeto de varias e interesantes decisiones del Tribunal Supremo y de la propia Dirección General.

## 2. *El Tribunal Supremo ante la Constitución.*

No parece necesario hacer demasiado hincapié sobre la importancia que tiene la función judicial para la eficacia del Derecho y, en particular, de una Constitución recién nacida; se ha llegado a escribir incluso que una norma puede ser más o menos válida de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede predecirse que será aplicada (28) y si bien no compartimos esa opinión que, siguiendo a Hart (29), puede calificarse como un «escepticismo ante las reglas», debe reconocerse que al menos tiene la virtud de llamar la atención frente a toda mitificación de la norma, que es característica de la ciencia jurídica clásica, o sea, de la dogmática del siglo XIX, que hizo del trabajo jurídico una especulación casi metafísica alejada de la realidad cotidiana del Derecho. No sin razón los escépticos ante las reglas se suelen denominar realistas. Su pretensión de fundar una ciencia descriptiva sobre hechos representó y todavía representa un notable esfuerzo para superar esa contradicción que persigue al jurista teórico, siempre procurando describir prescripciones sin que su propio trabajo se transforme, a su vez, en una prescripción (30). No procede detenerse en este tema, pero tampoco el realismo, anglosajón o escandinavo, nos parece satisfactorio, al menos en sus versiones más radicales; ni el Derecho se agota en las decisiones de los Tribunales, ni es propio de la ciencia jurídica limitarse a predecir esas decisiones, aunque sólo sea porque únicamente nos muestra una de las dimensiones del Derecho o, mejor dicho, porque reduce todas ellas a una sola perspectiva, y, lo que tal vez es más grave, elimina el momento político que tiene todo fenómeno jurídico para reducirlo a una investigación particular de sociología judicial. Frente a lo que pudiera imaginarse, reducir la validez a eficacia no realza el papel del poder en la creación del Derecho, sino que particulariza esa relación hasta difuminarla.

No obstante, en este trabajo parece justificado un cierto realismo jurídico que nos impida dar por supuesto lo que en modo alguno parece una verdad incontrovertible, al menos en la evolución de la doc-

(28) Vid. Ross, A.: *On Law and Justice*. London, 1958. Trad. de G. CARRÍO: *Sobre el Derecho y la Justicia*. EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 44.

(29) HART: *El concepto de Derecho*, cit., p. 170.

(30) Sobre este tema pueden hallarse interesantes reflexiones en la respuesta de Kelsen a Ross, de 1959, de la que existe versión castellana de E. Vázquez, *Una teoría «realista» y la Teoría Pura del Derecho*, en Kelsen, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, páginas 19 y ss.

trina y de la jurisprudencia clásicas, a saber: que la Constitución sea norma jurídica, fuente del Derecho vinculante para los ciudadanos y poderes públicos. En las páginas introductorias dimos sucinta noticia de los argumentos jurídicos, pero ahora, como dice Ross, hemos de ver el grado de probabilidad con el que puede predecirse que la Constitución será aplicada. Sin ninguna clase de escepticismo ante las reglas, debe reconocerse, sin embargo, que el comportamiento de los jueces resulta de capital importancia para determinar el grado de eficacia del texto constitucional. Por ello, trataremos en primer lugar el problema de su aplicación por el Tribunal Supremo y seguidamente exponremos algunos casos que juzgamos ejemplares para conocer la interpretación jurisprudencial de los preceptos constitucionales.

En realidad, no puede decirse que los magistrados invoquen la Constitución con demasiada frecuencia, pues, salvo error por nuestra parte, la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo del año 1979 se reduce a una veintena de fallos, lo que ciertamente no es mucho si tenemos en cuenta que en ese período se dictaron casi cinco mil sentencias y que seguía vigente el bloque de la legalidad anterior; algunas Salas, como la V y la VI, no registran un solo caso de aplicación del texto constitucional. Por otra parte, esos fallos tienen un valor desigual, ya que algunos se refieren a la Constitución sólo para confirmar las soluciones ya obtenidas de la exégesis legal; sin que los preceptos fundamentales jueguen un papel innovador o contradictorio con la normativa vigente. Así sucede en la sentencia de 27 de enero de 1979 (31), que declara la competencia de la jurisdicción ordinaria para la fiscalización de los Decretos-legislativos; en la 7 de febrero de 1979 (32), que ofrece una superficial doctrina sobre el alcance del «Estado social y democrático de Derecho»; en la de 11 de junio de 1979 (33), que invoca el principio de legalidad, consagrado en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y que hoy «encuentra su máxima expresión en la vigente Constitución de 1978...»; en las de 5 de noviembre de 1979 (34) y 30 de mayo de 1980 (35), etc. No deja de ser meritorio que los Tribunales procuren ofrecer un bloque normativo coherente desde la Constitución hasta la última Orden ministerial, pero, en definitiva, estas sentencias no ayudan a dilucidar el valor de la Constitución, que ni siquiera modifica la interpretación que se venía haciendo de las leyes ordinarias.

(31) Número 2/79 de nuestro Repertorio; 45 del *Aranzadi*.

(32) Número 3/79 de nuestro Repertorio; 294 del *Aranzadi*.

(33) Número 7/79 de nuestro Repertorio; 2380 del *Aranzadi*.

(34) Número 15/79 de nuestro Repertorio; 3814 del *Aranzadi*.

(35) Número 5/80 de nuestro Repertorio; 2158 del *Aranzadi*.

Aunque es justo reconocer que la mayor parte de las sentencias atribuyen a la Constitución un papel relevante como norma para la resolución de los conflictos, no podemos omitir el comentario de algunos fallos que ofrecen tesis más «conservadoras», entendiendo que la Constitución es un mero programa dirigido al legislador, o lo que viene a ser lo mismo, que la ley constituye una mediación necesaria para que las disposiciones constitucionales encuentren aplicación en la jurisdicción ordinaria. La verdad es que esta última afirmación nunca se encuentra formulada sin matizaciones en la jurisprudencia del Supremo; siempre se reconoce el carácter jurídico y, por lo tanto, obligatorio de la preceptiva constitucional, incluso en aquellas sentencias que parecen menos dispuestas a su directa aplicación. Tal es el caso de un fallo de la Sala III de 16 de octubre de 1979 (36) que, «sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales», se negará no obstante a interpretar la Ley de Procedimiento Administrativo a la luz del artículo 105 b) de la Constitución, que reconoce el principio de publicidad, por considerarlo únicamente como un mandato al legislador; y lo mismo sucede en el Auto de 2 de mayo de 1980 (37), cuyo primer considerando recuerda que «para la adecuada resolución» del problema debatido «se han de tener en cuenta dos principios fundamentales y de superior rango: el de unidad jurisdiccional, proclamado en el número 5 del artículo 117 de la Constitución... y el emanado del artículo 3-1 del Código Civil». Al margen del lapsus que supone atribuir a las normas del título preliminar del Código Civil, constitucionales sólo desde la perspectiva material, un «superior rango», lo que interesa destacar es que finalmente el TS no encuentra apoyatura suficiente en esos principios fundamentales para resolver un conflicto jurisdiccional en favor del juez ordinario.

El Tribunal Supremo, lógicamente más habituado a ofrecer soluciones casuísticas que a formular grandes principios con pretensión universal, no suele negar, en general, el carácter normativo de la Constitución, sino que sencillamente considera el precepto constitucional invocado como no idóneo para resolver el litigio debido a su cualidad de norma programática. Un Auto de 26 de noviembre de 1979 (38) declara improcedente la ejecución en España de una sentencia extranjera «por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno... ya que no ha sido

(36) Número 12/79 de nuestro Repertorio; 3369 del *Aranzadi*.

(37) Número 3/80 de nuestro Repertorio; 1917 del *Aranzadi*.

(38) Número 17/79 de nuestro Repertorio; 3855 del *Aranzadi*.

desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, proposición segunda, de la Constitución española»; y la ya citada sentencia de 16 de octubre de 1979 dirá que cuando los preceptos constitucionales «son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional dispone que "una Ley regule"... se está manifestando por el propio legislador que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten». Sólo excepcionalmente y sin mucho convencimiento, el Tribunal Supremo se decide a definir la Constitución en su conjunto como norma programática; así, el Auto de 2 de mayo de 1980, que ya conocemos, califica el artículo 117,5, inciso 2.º, de la Constitución de «mandato para que, en el futuro, se dicte una Ley que regule esta materia conforme a las directrices emanadas de la Constitución, acentuándose 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...».

El examen de la jurisprudencia de estos dos años pone de relieve que las dificultades no surgen de todas las normas constitucionales, sino sólo de las programáticas (39), es decir, de aquellas que requieren un desarrollo legislativo (40) como el artículo 39,2, última frase: «La ley posibilitará la investigación de la paternidad»; el artículo 105 b): La ley regulará «el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos...»; o el artículo 117,5, segundo inciso: «La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.» Ahora bien, ¿en qué sentido son normas programáticas?, ¿qué alcance tiene el desarrollo legislativo en relación con la norma constitucional? La actitud del Tribunal Supremo en los tres fallos comentados exige una breve reflexión sobre este punto.

La idea positivista del Derecho como orden coactivo, imperativo, cetera desde el punto de vista de la teoría del ordenamiento, no propicia

(39) La expresión «mandatos al legislador» no parece muy adecuada si tenemos en cuenta que todos los preceptos obligan al legislador y que también los «mandatos» vinculan, a nuestro juicio, a los demás poderes. Sobre este tema, *vid. CRISAFULLI, La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

(40) Se trata sin duda de cláusulas de reserva, pero por regla general de reserva reforzada, en terminología de MORATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, vol. I, cit., p. 343, ya que no se dirigen sólo a excluir la intervención del ejecutivo, sino sobre todo a impulsar en un determinado sentido la actitud del legislador, prefiriendo el contenido de las normas futuras.

resultados satisfactorios en el análisis de la norma, ya que en cierta medida supone que la norma, para ser jurídica, ha de adoptar la forma de un mandato. No es necesario explicar las insuficiencias de este punto de vista (41), pues parece evidente que, cualquiera que sea la naturaleza del ordenamiento, la estructura lingüística de la norma no responde a un esquema único (42), sino que, junto a las órdenes en sentido propio (prohibiciones o mandatos) existen proposiciones descriptivas, programáticas, juicios hipotéticos (43), etc. El estudio de la norma puede indicarnos la formulación que habitualmente presentan los preceptos jurídicos, facilitando una primera distinción de otros sistemas normativos, pero sería apresurado aceptar que la cualificación jurídica tenga su origen en la expresión lingüística de la norma, de manera que aquellas que no se presentasen de determinada forma, en apariencia no imperativa, no serían Derecho, no serían obligatorias. Como es lógico, la cuestión ofrece una indudable transcendencia para definir el alcance de muchos preceptos constitucionales que suponen lo que Capella ha denominado un lenguaje no normativo dentro del lenguaje legal (44). ¿Puede negarse la cualificación jurídica de un precepto recogido en el texto constitucional?, o, dicho de otra forma, ¿la cualidad de lo jurídico deriva del tipo de proposición o de la pertenencia al ordenamiento? En el fondo, el problema se debate entre un estricto nominalismo, según el cual es jurídico todo lo que pertenece al mundo del Derecho gracias a que su forma de exteriorización es jurídica, y una perspectiva, llamémosla realista, que exigiría como elemento esencial de la cualificación jurídica una formulación determinada. Probablemente, ninguna de estas tesis en su estricta unilateralidad resulta acertada: un sistema que se nutriese de recomendaciones y consejos no merecería el calificativo de jurídico, pero, sin duda, un Derecho sin dejar de serlo puede acoger en su seno todo un conjunto de normas programáticas, descriptivas, etc. En definitiva, lo que interesa destacar es que la estructura lingüística de la norma no constituye la causa única, ni siquiera principal, de cualificación jurídica;

(41) Vid. REDENTI, «Variazioni sul tema del verbo comandare», en *Riv. Trim. Diritto e proc. civil.*, 1959, pp. 777-794; BOBBIO, «Due variazioni sul tema dell'imperativismo» y «Comandi e consigli», trabajos recogidos en *Studi per una teoria generale del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, pp. 31 y ss.

(42) Vid., por ejemplo, BOBBIO: *Teoria della norma giuridica*, cit., pp. 88 y ss.

(43) De juicios hipotéticos calificaba Kelsen las normas jurídicas. Posteriormente, modificaría esta opinión, distinguiendo entre norma jurídica (imperativo, orden) y regla de derecho (juicio hipotético). Vid. «El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho», en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 58 y siguientes.

(44) *El Derecho como lenguaje. Un análisis lógico*. Ariel, Barcelona, 1988, p. 37.

esta debe obtenerse a partir de una interpretación sistemática del enunciado (45).

Ya sabemos que la Constitución recuerda en más de una ocasión su carácter de norma vinculante para todos los ciudadanos y órganos del Estado y afirma con vigor sus efectos derogatorios, por lo que, en principio, debemos sostener que todos sus preceptos sin excepción son jurídicos, aunque en su formulación puedan evocarnos otros órdenes normativos, como la moral. Que las normas materiales de la Constitución sean, como dice Rubio (46) «en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas» no representa ningún obstáculo a su carácter vinculante. Requieren en muchos casos que el legislador las desarrolle, pero no para entrar a formar parte del mundo jurídico, sino para alcanzar su plena garantía como derechos subjetivos, en el supuesto de las libertades del título I, o para orientar todas y cada una de las acciones del Estado, en los demás casos.

El capítulo de los derechos fundamentales puede presentarse como ejemplo de la eficacia de las normas materiales. El artículo 53 define el alcance jurídico de los derechos, pero no el valor de las normas del título I. La distinción es importante porque confundiendo ambas cuestiones se corre el riesgo de devaluar la eficacia de los «principios» del capítulo III, cuando en realidad parece que el legislador sólo ha querido establecer algunas cautelas en orden a la protección de los derechos que pudieran derivarse del capítulo citado. Las diferencias de régimen jurídico entre las tradicionales libertades públicas y los llamados derechos económicos, sociales y culturales no responden sólo a motivos políticos o ideológicos, sino a ciertos imperativos de técnica jurídica propios del Derecho moderno, abstracto y formalmente igualitario; se dirá que el Derecho moderno es en realidad el Derecho liberal, lo que es cierto sólo en parte, pues hoy parecen haberse perdido algunas de las «virtudes» del orden jurídico decimonónico (47), pero en cualquier caso no parece que podamos renunciar a sus postulados básicos si no es a costa de sacrificar la libertad y la seguridad jurídica. Los derechos que generan una obligación de contenido positivo exigen la adopción de importantes decisiones políticas que sólo pueden co-

(45) Vid. CRISAFFULLI: *Lezioni di Diritto costituzionale*. Padova, 1976, vol. II, página 43.

(46) *La Constitución como fuente del Derecho*, cit., p. 63.

(47) Toda la literatura sobre la crisis del Derecho se encarga de denunciar esas transformaciones desde una perspectiva en cierto modo conservadora. Vid., por ejemplo, el volumen colectivo titulado «La crisi del Diritto», con trabajos de RIPERT, CALAMANDREI, CARNELUTTI, etc., Cedam, Padova, 1953.

responder al legislador, por lo que la ley resulta imprescindible para la realización del derecho, no de la norma constitucional; esto es, para obtener de los Tribunales la ejecución de la obligación incumplida (48). Cuando el derecho o libertad se cifra en un ámbito de inmunidad personal también se precisa la articulación de un sistema legal de tutela, pero en principio el derecho se satisface por la mera abstención de los poderes públicos, de manera que ninguna ley ha de habilitar a la Administración, ya que la conducta legítima de ésta consiste en un «no hacer» (49).

La obligatoriedad de los derechos del capítulo II, obtenida ya del artículo 9,1, se ve confirmada por el artículo 53,1; pero no puede compartirse la opinión de que el número 3.º del mismo artículo 53 proporcione un argumento a contrario al condicionar «la aplicabilidad judicial de los principios rectores de la política social y económica a su desarrollo por la ley» (50); en nuestra opinión, desde la perspectiva del artículo 9,1 no existe diferencia entre la sección 1.ª y 2.ª del capítulo II, ni entre éste y el capítulo III. Ciertamente, el grado de eficacia de la norma dependerá de la precisión del mandato en ella contenido; el juez la aplicará cuando regule el objeto del litigio de forma más o menos precisa. Se trata, pues, de un problema de interpretación y aplicación del Derecho, de elección de la norma idónea, que en principio nada tiene que ver con su ubicación dentro del texto constitucional. Por ello, creemos equivocada la tesis del profesor GARRIDO FALLA (51) cuando dice que el capítulo III del título I «está lleno de declaraciones retóricas... que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico». Bien es verdad que dicho autor se mantiene en la posición imperativista antes criticada, según la cual el criterio de cualificación jurídica exige que la norma

(48) Siguiendo el modelo propuesto por Kelsen: *Theorie pure du Droit*, cit., páginas 170 y ss., los «principios» del capítulo III pueden calificarse de derechos simplemente reflejos; para que de ellos surja un derecho subjetivo en sentido técnico ha de cumplirse la previsión del artículo 53,3: el desarrollo legislativo.

(49) No podemos dejar de recordar que las diferencias de tratamiento aludidas en este párrafo hallan importantes excepciones en nuestra Constitución, como sucede con el derecho a la educación, recogido con cierto casuismo en el artículo 27, y que goza de la tutela «más fuerte», que deriva de su inclusión en la sección 1.ª del capítulo II del título primero.

(50) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, cit., página 121.

(51) Vid. «Las fuentes del Derecho en la Constitución española», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., vol. I, p. 46; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, comentario al artículo 53, antes aparecido en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 21, p. 176.

adopte una cierta clase de estructura formal (52); pero el error principal consiste en no diferenciar entre la eficacia de la norma y la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el derecho subjetivo que eventualmente pueda hacerse derivar de esa norma. Que el precepto sea ambiguo o contenga un simple programa o «norma de acción» (53), no quiere decir que no sea jurídico, que no deba ser considerado por los Tribunales a la hora de interpretar el ordenamiento, de elegir la norma idónea y de aplicarla.

Con las excepciones antes indicadas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo creemos que confirma este punto de vista, ya que si bien en algunas sentencias se aplican preceptos singulares de indudable eficacia inmediata, en otros, en cambio, se invocan principios generales o normas programáticas llamadas a un posterior desarrollo legislativo, pero que satisfacen desde el principio una función de interpretación de todo el ordenamiento. Así, encontramos expresas referencias a principios generales del título preliminar y primero, que son analizadas sin dificultad por el Tribunal Supremo; la sentencia de 18 de mayo de 1979 de la Sala II (54) dirá, por ejemplo, que el principio de igualdad recogido en el artículo 14 es uno de los «fundamentos básicos de justicia a tener en cuenta, no sólo en la elaboración de las leyes futuras, sino también en la interpretación y aplicación de las presentes, por lo que debe ser comprendido aun sin necesidad de posterior desarrollo entre aquellas normas jurídicas sustantivas mencionadas en el número 1.º del artículo 849 LECrim., cuya infracción puede dar lugar a la interposición del recurso de casación...»; punto de vista cuya importancia no es preciso resaltar y que lleva a la Sala II a interpretar en el mismo considerando el alcance de dicho principio en relación con el problema debatido, lo que pone de manifiesto que la invocación del artículo 14 no era simplemente retórica.

También sobre el principio de igualdad versa la sentencia de la Sala III de 5 de mayo de 1980 (55), que aplica el artículo 14 y el 35.1.º, estimando, en contra de una Ordenanza Laboral, que hoy «no resulta

(52) Dice GARRIDO FALLA que «para que una declaración constitucional (o legal) tenga naturaleza de norma jurídica no basta con su inclusión en tal texto (constitucional o legal), sino que resulta necesario además que tenga estructura lógica de norma jurídica; es decir, que consista en un mandato, una prohibición o una correlativa delimitación de esferas jurídicas entre sujetos...», *El art. 53 de la Constitución*, cit., p. 176.

(53) La expresión es del propio GARRIDO FALLA: *Vid.* «La Administración y la Ley», en *Revista de la Administración Pública* núm. 6, 1951.

(54) Número 6/79 de nuestro Repertorio; 2090 del *Aranzadi*.

(55) Número 4/80 de nuestro Repertorio; 1835 del *Aranzadi*.

admisible la categoría laboral de "trabajos específicamente femeninos" como fundamento de una reducción salarial». Finalmente, la sentencia de 25 de junio de 1980 (56) se refiere al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, consagrado en el artículo 9.3.º, si bien es cierto que en este supuesto la Constitución no resultaba polémica con la legislación precedente, sino que venía a confirmar sus criterios, al menos en lo relativo al caso enjuiciado.

Otras veces, el Tribunal Supremo, más que preceptos singulares, invoca el espíritu constitucional; las sanciones de orden público del régimen anterior, dice la sentencia de 26 de enero de 1979 (57) «han quedado desprovistas de toda validez y eficacia jurídicas, pues las mismas respondieron a unos objetivos y legalidad que son incompatibles con los que constituyen el fundamento de la actual organización jurídico-política del Estado español, dotado de una Constitución que lo configura como un Estado social de Derecho basado en principios democráticos, opuestos y superadores de los que sirvieron de justificación legal a dichas sanciones...».

En definitiva, con estos ejemplos, que no son los únicos, queremos probar que el Tribunal Supremo no desprecia las llamadas normas programáticas, sino que procura, con más o menos fortuna, aplicarlas de acuerdo con su verdadero valor; ciertamente, no pueden ofrecer un fundamento a las decisiones judiciales tan vigoroso como el que se deriva de otros preceptos más claros y rotundos, pero eso no es motivo suficiente para devaluarlos a «pura retórica». Naturalmente, cuando las disposiciones que conviene aplicar no tienen ese carácter programático, el Tribunal Supremo se muestra mucho más decidido, no ya para ofrecer una interpretación coherente del ordenamiento a la luz de la Constitución, sino incluso para considerar derogadas antiguas leyes o para resolver el caso con el único apoyo de los preceptos constitucionales. En este sentido, tal vez las dos sentencias más conocidas sean las de la Sala IV, que confirmaron sendos fallos de la Audiencia Nacional, relativos a la inscripción en el Registro de dos sociedades masónicas, pero ciertamente no son las únicas ni las primeras. Así, es justo recordar una capital sentencia de la Sala III (58), en la que se declaraban extensibles a las sanciones de contrabando los beneficios del Decreto de indulto de noviembre de 1975, para lo cual se interpretaban y aplicaban directamente los

---

(56) Número 6/80 de nuestro Repertorio; 2685 del *Aranzadi*.

(57) Número 1/79 de nuestro Repertorio; 61 del *Aranzadi*.

(58) Número 5/79 de nuestro Repertorio; 2030 del *Aranzadi*.

preceptos constitucionales, de manera que en realidad ellos representaban el único fundamento de la decisión; es más, del citado Decreto bien podía obtenerse la solución contraria, ya que aludía al Código Penal, al de Justicia Militar y a las leyes penales especiales, pero no se mencionaban las sanciones derivadas de potestades administrativas (59). De ahí que el Tribunal, rechazando el criterio restrictivo de la Administración, invoque los preceptos constitucionales para declarar el carácter único de la Jurisdicción (art. 117,5) y la imposibilidad de imponer sanciones que supongan privación de libertad al amparo de potestades administrativas (art. 25,3). Acertadamente, considera la sentencia que las sanciones de contrabando «son sustancialmente idénticas» a las penas impuestas por la jurisdicción, por lo que no pueden excluirse del ámbito del indulto y, si bien no se refiere expresamente a la disposición derogatoria, es evidente que la tiene en cuenta.

Otra sentencia que reviste un notable interés para el tema que nos ocupa es la dictada por la Sala de Vacaciones el 14 de agosto de 1979 (60), pues en ella no se duda en interpretar, creemos que con acierto, el alcance de un derecho fundamental todavía no desarrollado. La verdad es que tal interpretación resultaba imprescindible para resolver la cuestión planteada, pues la ley procesal aplicable recogía sin definir una noción constitucional de cuyo sentido dependía el fallo. En síntesis, el proceso, seguido al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, se circunscribía a dilucidar si el Decreto 1434/1979 y los acuerdos posteriores de supresión de ciertos medios de prensa del Estado vulneraban o no la libertad de expresión. Así, pues, no se juzgaba en general la legalidad de la norma administrativa, sino que exclusivamente se la confrontaba con un precepto constitucional, por lo que, en ausencia de una ley de desarrollo, la sentencia ofrece su propio criterio acerca de la libertad de expresión, declarando que «el ejercicio de ese derecho comporta la correspondiente garantía de que el poder ha de abstenerse de coartar las manifestaciones de opinión, cátedra, creación o pensamiento... (pero no garantiza) la disponibilidad de un medio concreto y específico de difusión». De esta forma, la sentencia se adhiere a una concepción clásica o liberal del derecho reconocido en el artículo 20, al estimar que, el mismo, sólo genera una obligación de contenido negativo, es decir, una

---

(59) Una Orden de 28 de noviembre de 1975 extendía el indulto a las sanciones de contrabando, pero con unos efectos menos beneficiosos que los previstos en el Decreto. *Vid.* más adelante el comentario de esta sentencia.

(60) Número 10/79 de nuestro Repertorio; 4676 del *Aranzadi*.

abstención, pero sin comprender también la facultad de exigir del Estado un comportamiento positivo que ponga a disposición de los interesados unos medios de prensa concretos. Este punto de vista, con parecernos razonable, no deja de ser polémico a la luz del propio artículo 20 que en su número tercero establece que «la ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España». Ahora bien, ¿por qué el Tribunal Supremo no aplica este precepto para declarar la ilegitimidad del Decreto? En principio, pudiera pensarse que la sentencia sigue la doctrina que ya conocemos acerca de los mandatos al legislador: cuando las disposiciones constitucionales son declaratorias de principios y ordenan al legislador que regule una determinada cuestión, los Tribunales no pueden sustituirle en dicha tarea y, por lo tanto, deben omitir la aplicación de esas disposiciones. Sin embargo, no hallamos tal argumentación, sino que sencillamente no se toma en consideración el artículo 20,3, tal vez porque la cuestión planteada no puede subsumirse en el supuesto contemplado por la norma, pero también, según creemos, porque a pesar de su ubicación no se trata de una norma reconocedora de verdaderos derechos fundamentales, sino de una regla de organización que requiere garantizar un cierto comportamiento del Estado, pero que por sí misma no es capaz de generar un derecho subjetivo.

Sin ánimo exhaustivo, la decidida aplicación del texto constitucional en contra de la ley precedente o como fundamento único del fallo puede encontrarse también en el Auto de 24 de octubre de 1979, en las sentencias de 27 de octubre y de 7 de diciembre de 1979, en la de 21 de abril de 1980, etc.; todas ellas brevemente comentadas en el siguiente epígrafe. Pero para finalizar estas consideraciones sobre la competencia de la Jurisdicción ordinaria en la interpretación y aplicación de la Constitución, problema que es tal vez el fundamental de la jurisprudencia, al menos en estos primeros años, debemos recordar las dos sentencias sobre la masonería, ya que probablemente es en ellas donde se recoge con mayor detenimiento la doctrina del Tribunal Supremo acerca del valor normativo del texto constitucional (61). Recoge el Tribunal una sutil distinción, ya conocida en el Derecho comparado, entre derogación e inconstitucionalidad, que nos parece interesante y discutible, al menos en alguna de sus consecuen-

---

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

cias; dice la Sala IV que «no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, usada en algunas ocasiones en situaciones de transición... por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta (la Constitución) deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan...». La distinción, muy discutida en Italia (62) y que aparece en la primera sentencia de la Corte Constitucional de 14 de junio de 1958, ha sido expuesta también por algún sector de la doctrina española (63) y, en principio, parece irreprochable si lo que se quiere indicar únicamente es que el juez ordinario puede considerar inválida una ley anterior por efecto de la derogación y, en cambio, ha de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional si la ley es posterior. Evidentemente, si la Ley de Asociaciones de 1964 hubiese sido dictada en 1979 la jurisdicción ordinaria hubiera tenido que aplicar el artículo 163 de la Constitución en lugar de la disposición derogatoria tercera. Los argumentos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo parecen indiscutibles. La jurisdicción ordinaria ha de afirmar su competencia por la vía de la disposición derogatoria para inaplicar la ley que se considera ha perdido validez, pero en ningún caso estaría a su alcance declarar esa invalidez con los efectos propios que se atribuyen al acto de «legislación negativa».

El problema surge cuando de este principio quiere derivarse alguna de estas consecuencias, a saber: que el Tribunal Constitucional no es competente para aplicar el esquema derogatorio; que la derogación juega en un ámbito más limitado que la inconstitucionalidad, de manera que sólo ciertos preceptos constitucionales gozarían del efecto derogatorio, resultando entonces que algunas leyes podrían ser declaradas ilegítimas por el Tribunal Constitucional, pero no, en cambio, derogadas por los jueces ordinarios. Con más o menos matizaciones, estas consideraciones pueden hallarse en la literatura italiana y española.

Respecto de la primera cuestión, se quiere distinguir entre falta de

(62) Vid. MORTATI: «Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale» (1957), en *Scritti sulle fonti del Diritto e sull'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1972; CRISAFULLI, «Incostituzionalità o abrogazione», en *Giur. cost.*, 1957, p. 261; ESPOSITO, «Illegittimità costituzionale e abrogazione», en *Giur. cost.*, 1958, p. 289; ESPOSITO, «Sul giudice competente a sindacare la invalidità formale delle leggi anteriori alla Costituzione», en *Giur. cost.*, 1961, p. 1117.

(63) Vid. JIMÉNEZ CAMPO y PORRES AZCONA: «Conflicto político, técnica jurídica y aplicación inmediata en una Constitución de compromiso: la Constitución española de 1978», en *Revista de Derecho Público* núm. 74, pp. 83 y s.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, cit.; vid. también TRUJILLO, G., «Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, páginas 145 y ss.

validez y falta de vigencia o, dicho de otra forma, el criterio cronológico de solución de antinomias (derogación) se presenta como una alternativa al jerárquico (ilegitimidad constitucional). El razonamiento es sutil, aunque no comprendemos muy bien sus consecuencias, ya que en todo caso se requiere primariamente un juicio destinado a confrontar dos normas: la ley y la Constitución, y ese juicio se verifica de igual manera por el juez ordinario que por el constitucional; de aceptarse la competencia de aquél para aplicar la disposición derogatoria, debe también aceptarse su competencia para interpretar la Constitución, pues en otro caso, ¿cómo constatar la antinomia? A nuestro juicio, este planteamiento resulta poco afortunado; ante todo, porque conviene indicar que si la Constitución deroga la legislación precedente no es sólo ni principalmente por su carácter de norma posterior, sino sobre todo por su naturaleza de norma superior. En segundo lugar, porque no debe derivarse ninguna enseñanza de la distinción; pues, con Mortati, creemos que la aplicación del esquema derogatorio no excluye sin más la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del conflicto. La ley contraria a la Constitución es una ley inválida, tanto si es anterior como si es posterior, pero esa invalidez debe probarse y en principio ello sólo puede hacerlo el Tribunal Constitucional; y lo puede hacer en cualquier supuesto, sin perjuicio de que respecto de la legislación precedente el juez ordinario tenga también una competencia, que es sin duda distinta. El juicio de inconstitucionalidad se atribuye al TC y consiste en comprobar la validez de una norma (ley) tomando como parámetro los preceptos constitucionales; para verificar esta operación el TC puede lógicamente servirse de cualquiera de los criterios que ponen de relieve la falta de validez de la norma, esto es, del criterio jerárquico y del cronológico. ¿Por qué escindir su aplicación entre dos jurisdicciones? Se dirá tal vez que al TC se le presentan normas vigentes y que la ley derogada ya no está vigente, pero este es un enfoque equivocado; al TC se llevan las normas de cuya validez se duda, y para obtener la certeza de la derogación es preciso realizar un juicio que no es diferente al que se realiza para declarar la inconstitucionalidad. En definitiva, «ninguna sutileza de razonamiento sobre la distinta fuerza invalidante de ésta (la Constitución) según sea considerada como "lex superior" o simplemente como "lex posterior" puede establecer diferencias significativas entre los distintos modos de invalidación» (64).

---

(64) Vid. RUBIO LLORENTE y ARAGÓN REYES: «La Jurisdicción Constitucional», en *La Constitución española de 1978*, estudio dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, cit., p. 808.

Lo que verdaderamente distingue la fiscalización ejercida por el TC, lo que le pertenece en exclusiva, es su naturaleza de control abstracto y los efectos de la sentencia que consisten nada menos que en la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico. En relación con la legislación precedente, juez ordinario y constitucional, no son incompatibles en razón del esquema invalidante.

El segundo problema antes enunciado no presenta menos interés. ¿Todos los preceptos constitucionales gozan de efectos derogatorios? También este problema se planteó en Italia, seguramente porque la Corte Constitucional tardó diez años en formarse. En España, García de Enterría ha escrito que la cláusula derogatoria alcanza sólo a las normas de contenido político que regulan las mismas materias que aquellos preceptos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata (65) y que efectúan esa regulación de manera opuesta e incompatible (66). Por lo tanto, en cualquier otro caso la disposición derogatoria deberá ceder en favor del artículo 163, el juicio de vigencia en favor del juicio de constitucionalidad. Por nuestra parte, creemos que este punto de vista es inconsecuente con la tesis inicial. Las razones alegadas (67) no parecen convincentes, ya que cuando se estiman derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución no se formulan distinciones en cuanto al tipo de oposición ni en cuanto al objeto, naturaleza o forma de redacción del precepto constitucional vulnerado.

Pero, sobre todo, creemos que la tesis combatida parte del error de suponer que la invalidez que deriva de la jerarquía («lex superior») es más fuerte que la que deriva del criterio cronológico («lex posterior»), con lo que llegamos a la siguiente conclusión: una ley contraria a la Constitución no perderá validez ante el juez ordinario cuando el precepto vulnerado no se beneficia de los efectos derogatorios y, en cambio, podrá ser declarada inválida por el Tribunal Constitucional. La antinomia es la misma, ¿por qué el juicio de validez ha de llevar a resultados distintos? Ciertamente, parece que no todos los preceptos constitucionales pueden tener virtudes derogatorias o, al me-

(65) Se trataría de los derechos fundamentales y de las normas organizativas y habilitantes de los poderes públicos.

(66) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, cit., páginas 130 y ss.

(67) Sugiere GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, citada, p. 133, que cuando el legislador constituyente utiliza la expresión «se opongan» ha pretendido separarse conscientemente de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 123 habla de «contradicción», que usa también el 163 de la española, de donde atribuye al concepto de oposición un valor más restringido, como de regulación directamente opuesta.

nos, tenerlas en la misma medida, pero ello es debido a que, de su tenor literal, no cabe obtener la certeza de la contradicción. Sabemos que la legislación anterior se inspiró en principios distintos, pero no siempre es fácil establecer la antinomia en función de los principios cuando las viejas normas no se oponen a disposiciones constitucionales rotundas y de contenido indubitado. Se puede interpretar la ley precedente a la luz de los nuevos principios, pero no será razonable en muchos casos declarar la contradicción y, por tanto, la invalidez. Pero lo que interesa destacar es que la fuerza invalidante de las normas de la Constitución es la misma en la jurisdicción ordinaria que en la constitucional o, dicho de otra forma, que los preceptos que no generan la invalidez de leyes, en cuanto que normas anteriores, no pueden tampoco producir la invalidez de esas mismas leyes, en cuanto que normas inferiores.

Suponer que no todos los preceptos constitucionales gozan de efectos derogatorios puede conducir en primer lugar a discusiones bizantinas acerca del valor relativo de cada precepto y, sobre todo, a resultados insatisfactorios, porque si determinadas contradicciones materiales de la legislación precedente con la Constitución sólo dan lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ¿qué sucede cuando esa legislación no está formada por leyes, sino por normas de rango inferior? Sucedería entonces que una norma con rango de ley podría ser considerada inconstitucional por el Tribunal de Garantías, pero si esa misma norma tuviese rango inferior no podría juzgarse derogada por los Tribunales ordinarios.

La fuerza derogatoria de los preceptos constitucionales parece, no obstante, admitir una excepción, a saber: cuando la norma precedente no se ajusta a los modos y requisitos de la producción normativa establecidos en la Constitución. Pero nótese que no se trata de una verdadera excepción a nuestra tesis, ya que en los supuestos de ilegitimidad formal sabrevenida la validez deberá mantenerse por el juez ordinario, pero también por el Tribunal Constitucional, pues esas leyes que no se ajustan al modelo de producción normativa no deben considerarse ni derogadas ni incursas en motivo de inconstitucionalidad. Este punto de vista encuentra confirmación en la jurisprudencia del TS que, habiendo tenido varias oportunidades, nunca ha hecho aplicación de la disposición derogatoria frente a Decretos-leyes, Decretos-legislativos o Reglamentos que vulnerasen el sistema de fuentes previsto en la Constitución; es más, ni siquiera ha llegado a explicar detenidamente esta doctrina. Así, por ejemplo, una sentencia de la Sala III de 24 de

diciembre de 1979 (68), al juzgar sobre un Decreto-ley, no duda en invocar la Constitución, pero únicamente para constatar que esta categoría normativa conserva hoy el rango de ley, sin plantearse la acomodación del Decreto-ley a las condiciones formales y materiales establecidas en el artículo 86; en verdad, hubiese sido imposible que cumpliera el requisito del número 2. ya que el procedimiento ha sufrido notables modificaciones, pero tampoco se analiza si el contenido de la norma se ajusta al ámbito material prescrito en el número 1.º

Esta solución no deja de ser insatisfactoria, en cuanto que la organización de las fuentes no es un problema «menos político» que la tutela de los derechos o la separación de poderes; pero es también una solución necesaria para la conservación del ordenamiento, es en cierto modo una última concesión del Derecho válido al Derecho eficaz y que, por otra parte, no carece de antecedentes teóricos, incluso en la depurada doctrina kelseniana. En este aspecto, la cuestión nos recuerda la tesis de las habilitaciones supuestas de la norma fundamental, que era el medio técnico para solventar el conflicto de normas y justificar la legitimidad de una sentencia firme pero ilegal (69); habilitaciones que, en honor de la eficacia, era preciso suponer para salvar la validez de una norma que, no obstante representar una quiebra en el sistema, se consolidaba gracias a su aplicación. El problema no es idéntico, pero también aquí puede «suponerse» que la norma fundamental contiene una habilitación en favor de las leyes preconstitucionales, en cuya virtud éstas conservan la legitimidad formal que originalmente tuvieron. Por otra parte, desde una perspectiva teórica distinta, también puede sostenerse que todo cambio constitucional profundo opera una derogación global del viejo ordenamiento, por lo que aplicar antiguas leyes, que no se opongan materialmente a los nuevos principios, equivale a una «novación de la fuente de validez» de las mismas (70). En cualquier caso, insistimos en que la cuestión ha de resolverse de igual modo por el juez ordinario que por el constitucional.

Pero la actitud del Tribunal Supremo ante el problema del valor jurídico de la Constitución representa sólo una parte de la jurisprudencia constitucional; la segunda parte, de no menor importancia, está formada por la interpretación de los singulares preceptos constitucionales; en este punto, lógicamente, no todas las sentencias tienen el

(68) Número 21/79 de nuestro Repertorio; 4427 del Aranzadi.

(69) Vid. KELSEN: *Théorie pure du Droit*, cit., p. 355. Vid. también sobre este tema CALSAMIGLIA: *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, páginas 168 y ss.

(70) Vid. MORTATI: *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, cit., pp. 64 y ss.

mismo interés, ya que algunas se limitan a invocar la disposición pertinente, pero sin realizar su exégesis con un mínimo de detalle. No obstante, y salvo omisión, hemos querido recopilar aquí por orden cronológico todos los fallos del Tribunal Supremo que de una forma u otra hacen alusión al texto constitucional; muchos han merecido ya la atención de autorizados comentaristas, cuya lectura recomendamos (71).

(Continuará.)

---

(71) Un análisis general sobre la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo en 1979, estudiando las sentencias por orden cronológico, en LINDE PANIAGUA, E.: «Sentencias y Autos del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros en que se citan, estudian o aplican preceptos constitucionales (año 1979)», en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED* núm. 6, primavera 1980, pp. 229 y ss. Este comentario ha tenido su continuación para los tres primeros meses de 1980 en el número 7 de la misma revista, pp. 231 y ss. También sobre la jurisprudencia de 1979, vid. RODRÍGUEZ OLIVER: «La Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* núm. 58, invierno 1980, pp. 101 y ss.

Además, cabe citar el trabajo de TORNO MAS: «Inaplicación de la ley por los Tribunales Contencioso-Administrativos», *REDA*, 22, pp. 453 y ss., comentando la sentencia de la Sala IV de 28 de enero de 1979; SÁNCHEZ MORÓN: «La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales; el nuevo derecho de asociaciones», sobre la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de junio de 1979; SAINZ MORENO: «El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos», *REDA*, 24, comentando la sentencia de la Sala III de 16 de octubre de 1979; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: «Primera sentencia de divorcio exequaturada en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre 1979, donde se analiza el auto de 24 de octubre de 1979.