SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS EN QUE SE CITAN, ESTUDIAN O APLICAN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES (AÑO 1979)

POR

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

1. Introducción.—2. Índice cronológico: A) Sentencias y autos del Tribunal Supremo; B) Resoluciones de la Dirección General de los Registros.—3. Índice de correspondencias a los artículos de la Constitución, de las sentencias y autos del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros.—4. Índice de materias, que de modo principal se estudian en las sentencias y autos del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros.—5. Repertorio por orden cronológico, con transcripción de los Considerandos básicos: A) Sentencias y autos del Tribunal Supremo; B) Resoluciones de la Dirección General de los Registros, acompañados de un breve comentario y bibliografía fundamental sobre cada tema.

1. INTRODUCCION

En el presente número ofrecemos un repertorio completo de las Sentencias y autos del Tribunal Supremo, así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de éstas las más destacadas), que citan, estudian o aplican expresamente preceptos constitucionales. De ellos hemos transcrito los considerandos más relevantes, acompañados por un breve comentario y bibliografía básica sobre cada tema.

A los efectos de facilitar el manejo del repertorio, incluimos tres Índices que lo preceden. El primero, *Índice cronológico*, relaciona cronológicamente las diferentes sentencias, autos y resoluciones con indicación de un número marginal, que es el utilizado por los demás índices y por el propio repertorio. En este primer índice se hace constar, además, y en su caso, el ponente, el número del repertorio privado Aranzadi y el artículo o artículos de la Constitución citados, estudiados o aplicados.

El segundo *Índice* establece las correspondencias de cada uno de los artículos de la Constitución (relacionados por orden sucesivo) con las diferentes sentencias, autos o resoluciones en que son citados, estudiados o aplicados (de éstos se hace constar los números marginales adjudicados por el Índice cronológico).

En tercer lugar, se incluye un *Índice* de las materias que de modo principal son estudiadas por las diferentes sentencias, autos y resoluciones (de éstos se hace constar los números marginales adjudicados por el Índice cronológico).

En los próximos números de la Revista y en tanto no comience el Tribunal Constitucional a dictar resoluciones, seguiremos prestando una atención destacada a la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. INDICE CRONOLOGICO

A) Sentencias y autos del Tribunal Supremo

- Núm. 1. Sentencia de 27 de enero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, M. Sáinz Arenas (Repertorio Aranzadi 45): *Artículos 82 y 85 de la Constitución*.
- Núm. 2. Sentencia de 7 de febrero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, A. Martín del Burgo Marchán (Repertorio Aranzadi 294): *Artículo 1.1 de la Constitución*.
- Núm. 3. Sentencia de 11 de abril de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 1.397): *Artículo 28.1 de la Constitución*.
- Núm. 4. Sentencia de 21 de mayo de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Sáinz de Robles Rodríguez (Repertorio Aranzadi 2.030): *Artículos 25.3 y 117.5 de la Constitución*.
- Núm. 5. Sentencia de 11 de junio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, D. Espín Cánovas (Repertorio Aranzadi 2.380): *Artículos 9.1 y 3; 103.1; 106 de la Constitución*.
- Núm. 6. Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, I. Jiménez Hernández (Repertorio Aranzadi 3.182): *Artículos 10.2; 22; 53.1; 81.1; 161.1 a); Disposición derogatoria 3 de la Constitución*.
- Núm. 7. Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, E. Díaz Eimil (Repertorio Aranzadi 3.183): *Artículos 10.2; 22; 53.1; 81.1; 161.1 a); Disposición derogatoria 3 de la Constitución*.
- Núm. 8. Sentencia de 14 de agosto de 1979. Sala de Vacaciones. Ponente, F. Sáinz de Robles Rodríguez (Repertorio Aranzadi 4.676): *Artículos 10.2; 20; 53.2; 81; 105 a) y b) de la Constitución*.
- Núm. 9. Sentencia de 29 de septiembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Sáinz de Robles Rodríguez (Repertorio Aranzadi 3.179): *Artículos 27 y 163 de la Constitución*.
- Núm. 10. Sentencia de 16 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Roldán Martínez (Repertorio Aranzadi 3.369): *Artículo 105 b) de la Constitución*.
- Núm. 11. Auto de 24 de octubre de 1979 (sin publicar). Ponente, C. de la Vega Benayaas: *Artículos 16 y 32 de la Constitución*.
- Núm. 12. Sentencia de 27 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, I. Pérez Frade (Repertorio Aranzadi 3.841): *Artículos 9.1; 10; 33; Disposición derogatoria 3 de la Constitución*.
- Núm. 13. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Criminal. Ponente, B. Gil Sáez (Repertorio Aranzadi 3.814): *Artículo 24 de la Constitución*.
- Núm. 14. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, E. Díaz Eimil (Repertorio Aranzadi 4.014): *Artículo 106.2 de la Constitución*.
- Núm. 15. Auto de 26 de noviembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 3.855): *Artículo 39.2 de la Constitución*.

- Núm. 16. Sentencia de 6 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 4.117): *Artículo 28.1 de la Constitución*.
- Núm. 17. Sentencia de 7 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, J. I. Jiménez Hernández (Repertorio Aranzadi 4.353): *Artículo 22 de la Constitución*.
- Núm. 18. Sentencia de 15 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 4.361): *Artículo 28.1 de la Constitución*.
- Núm. 19. Sentencia de 24 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, M. Sáinz Arenas (Repertorio Aranzadi 4.427): *Artículo 86 de la Constitución*.

B) *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*

- R. 1. de 6 de abril de 1979 (Repertorio Aranzadi 1.462): *Artículos 32.2 y 16 de la Constitución*.
- R. 2. de 19 de octubre de 1979 (Repertorio Aranzadi 3.286): *Artículo 32.2 de la Constitución*.

3. INDICE DE CORRESPONDENCIAS A LOS ARTICULOS DE LA CONSTITUCION

Sentencias, autos y resoluciones

ARTICULO DE LA CONSTITUCION	SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES (Se indica el número marginal de los mismos tal y como apa- recen en el <i>Índice cronológico</i>)
1.1	Núm. 2
9.1	Núm. 4, 12
9.2	Núm. 7
9.3	Núm. 5
10	Núm. 12
10.2	Núm. 6, 7, 8
16	Núm. 11; R. 1
20	Núm. 8
22	Núm. 6, 7, 17
24	Núm. 13
25.3	Núm. 4
27	Núm. 9
28.1	Núm. 3, 16, 18
32	Núm. 11; R. 2
32.2	R. 1
33	Núm. 12
39.2	Núm. 15
53.1	Núm. 6, 7
53	Núm. 8
81	Núm. 8
81.1	Núm. 6, 7
82	Núm. 1

ARTICULO DE LA CONSTITUCION	SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES (Se indica el número marginal de los mismos tal y como apa- recen en el <i>Índice cronológico</i>)
85	Núm. 1
86	Núm. 19
103.1	Núm. 5
105.a)	Núm. 8, 10
105.b)	Núm. 8
106	Núm. 5
106.2	Núm. 14
117.5	Núm. 4
161.1.a)	Núm. 6
163	Núm. 9
Disposición derogato- ria 3	Núm. 6, 7, 12

4. INDICE DE MATERIAS

MATERIA	SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES (Se indica el número marginal de los mismos tal y como aparecen en el <i>Índice cronológico</i>)
Acceso a archivos y registros	10
Administración: principio de legalidad	5
responsabilidad	14
Archivos de la Administración: acceso	10
Asociación: derecho de	6, 7, 17
Centros docentes: libertad de creación	9
Control jurisdiccional: textos refundidos	1
Decretos-leyes	19
Derecho de asociación	6, 7, 17
Divorcio	11; R. 1 y 2
Enseñanza: libertad	9
Estado social de Derecho	2
Expresión: libertad	8
Expropiación	12
Investigación de la paternidad	15
Legalidad: principio de	5
Libertad: de enseñanza	9
de expresión	8
sindical	3, 16, 18

M A T E R I A	SENTENCIAS, AUTOS Y RESOLUCIONES (Se indica el número marginal de los mismos tal y como aparecen en el <i>Índice cronológico</i>)
Matrimonio: divorcio	11; R. 1 y 2
Medidas de seguridad	13
Paternidad: investigación	15
Principio de legalidad de la Administración	5
Propiedad privada	12
Registros administrativos: acceso	10
Responsabilidad de la Administración	14
Sanciones de contrabando	4
Sindicatos: derecho a crearlos	3, 16, 18
Textos refundidos: control jurisdiccional	1

5. REPERTORIO

A) *Sentencias y autos del Tribunal Supremo*

Núm. 1. Sentencia de 27 de enero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, M. Sáinz Arenas (Repertorio Aranzadi 45/1979): ARTICULOS 82 Y 85 DE LA CONSTITUCION.

Textos refundidos: control jurisdiccional

Se sostiene por la sentencia, en base a la legislación ordinaria, que el control jurisdiccional alcanza a los textos refundidos, lo que resulta indubitable a partir de los artículos 82 y 85 de la Constitución.

CONSIDERANDO 3.º: «... que entra dentro de la función revisora atribuida por la Ley a los Tribunales de la Jurisdicción examinar si la Administración, al elaborar un texto refundido, procedió con arreglo a Derecho o incidió en infracciones del procedimiento y si la refundición se halla ajustada al mandato legislativo, ya que con ello no se fiscaliza la potestad legislativa, sino la actividad de la Administración; que el valor de la Ley formal del texto refundido está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido, o lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación, siendo de destacar cómo el artículo 11 de la Ley General Tributaria confiere carácter de meras disposiciones administrativas a esos textos en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación, con lo cual se ha visto que no se produce incompetencia de Jurisdicción en relación al rango del texto refundido, que por la razón aludida, es sin duda impugnante ante esta Jurisdicción en lo que pudiera contradecir a la legalidad; y que

al enjuiciar los Tribunales de esta Jurisdicción el contenido de un texto refundido confeccionado por el Poder Ejecutivo refiriéndolo al de una Ley producto ésta y no aquél del órgano único facultado para emitir textos legales propiamente dichos, para nada vienen a inmiscuirse en la esfera de lo legislado, sino que, antes al contrario, se colocan de su lado, velando por la genuidad de su obra, esto es, porque la actuación de lo gubernativo o administrativo no venga a verse desvirtuado lo que la voluntad del legislador dejó concedido o reconocido en forma de leyes; *doctrina que en adelante*, además de contar, en materia fiscal, con el apoyo del citado artículo 11 de la Ley General Tributaria y con el genérico del artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que prohíbe a la Administración dictar disposiciones contrarias a las leyes, *contará en todo caso con el respaldo de la Constitución española, sancionada el 27 de diciembre de 1978 cuyos artículos 82 y 85 regulan con el mismo criterio la delegación por las Cortes en el Gobierno de la potestad de dictar normas con rango de Ley, denominadas Decretos legislativos, y sin perjuicio de que las leyes de delegación puedan establecer en cada caso fórmulas adicionales de control, asientan la competencia propia de los Tribunales como sistema básico de tal control.*»

Comentario

La sentencia de 27 de enero de 1979 no contiene el estudio de los artículos que la Constitución dedica a la legislación delegada (arts. 82 a 85) limitándose a citar los artículos 82 y 85, para apoyar el criterio que se sustenta que reproduce la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1969 (Sala 3.ª). Así, la sentencia confirma el que en la actualidad es criterio mayoritario de la doctrina que postula el control de los Decretos legislativos por los Tribunales. El iniciador de esta tendencia doctrinal fue F. Garrido Falla (cit. *infra*) que comentara sentencias como la de 5 de enero de 1962 (Sala 3.ª) que de alguna forma, y frente a la entonces doctrina dominante en la Jurisprudencia, ejerciera una suerte de control de los Decretos legislativos al negar la posibilidad de introducir preceptos innovativos en un texto refundido, y fundamentalmente la anteriormente citada sentencia de 23 de mayo de 1969 (Sala 3.ª) que viniera, de modo decidido, a dar un giro notable a la negativa de la Jurisprudencia a aceptar el recurso contra los Decretos legislativos. Actitud jurisprudencial que, no obstante, llega hasta nuestros días en lo referido a los textos articulados de leyes de bases y que sólo tuvo tímidas excepciones en sentencias como la de 6 de julio de 1977 comentada por E. Linde Paniagua (cit. *infra*).

Sin duda la construcción más elaborada en el tema de la legislación delegada se debe al trabajo de E. García de Enterría (cit. *infra*), cuya doctrina se ha venido a consagrar en el texto constitucional de modo que sigue siendo útil para comprender los artículos 82 a 85 del texto constitucional que, no obstante, permitirá enjuiciamientos jurisprudenciales extensos y profundos sobre la legislación delegada.

Recientemente sobre el concepto de delegación recepticia y sus diferencias con la remisión normativa y deslegalización puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1977, de la que fue ponente J. Rodríguez Hermida (R. A. 4318/1977).

Bibliografía anterior a la Constitución (orden cronológico)

F. GARRIDO FALLA: *Fiscalización de los Decretos legislativos por la Jurisdicción contencioso-administrativa*, en «Documentación Administrativa», núm. 132, 1969, y en «Revista de Administración Pública», núm. 60, 1969; J. M. MARTÍN OVIEDO: *Significado y valor de los textos refundidos*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», número 79, 1969; E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970; I. BAYÓN MARINÉ: *La legislación delegada en el Derecho Tributario*, en «XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero», Madrid, 1971; I. JOANQUET SIRVENT: *Legislación delegada*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», Seix, XIV, 1971; A. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO: *El control de la legalidad de las normas con*

valor de ley. *Notas sobre un criterio jurisprudencial*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 3, 1974; E. LINDE PANIAGUA: *El control judicial de los textos articulados de las leyes de bases*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 16, 1978.

Bibliografía referida a la Constitución (orden cronológico)

Véase *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, editada por la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Instituto de Estudios Fiscales, 3 vols., Madrid, 1979, especialmente, en volumen I los artículos de V. Mendoza Oliván, E. Angulo Rodríguez y C. J. Entrena Palomero, y en el volumen II los artículos de R. Núñez-Villaveirán y Ovílo y E. Recoder de Casso.

Núm. 2. Sentencia de 7 de febrero de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, A. Martín del Burgo Marchán (Repertorio Aranzadi 294/1979): ARTICULO 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN.

Estado social de Derecho

Lo social impregna en la actualidad de sentido a toda la política y a todo el Derecho como se deduce del artículo 1.1 de la Constitución.

CONSIDERANDO 8.º: «Que otro dato a tener muy en cuenta, y con el mismo sentido preventivo que los anteriores, es que, no por el hecho de que los graduados sociales se les confiera la condición de 'técnicos en materias sociales y laborales' (artículo 1 de su Reglamento Orgánico de 28 de agosto de 1970), ya por ello queden habilitados para intervenir en cualquier materia que pueda merecer la condición de social, en un sentido más o menos laxo, puesto que *lo social en la actualidad impregna de sentido a toda la política y a todo el derecho, hasta el punto de que en la recién aprobada Constitución española, su articulado se abre con la definición de nuestro Estado, como 'Estado social y democrático de Derecho' (art. 1.1.º), siendo esta concepción la que permite contemplar como política social la llevada a cabo en materias tan dispares como la de enseñanza, vivienda, cultura e incluso la realizada en el propio campo del Derecho privado, como ocurre en la regulación de las relaciones arrendaticias, tanto en el sector urbano, como en el rústico.*»

Comentario

El fondo del asunto de la sentencia de 7 de febrero de 1979 trata de un conflicto interprofesional entre los gestores administrativos y los graduados sociales planteado por los primeros. Los gestores administrativos aducían la ilegalidad de la Orden del Ministerio de Trabajo de 8 de enero de 1973, sobre tarifas mínimas de honorarios profesionales de los graduados sociales, por entender que algunos de los conceptos que allí se incluían eran propios de actividades de los gestores administrativos. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso declarando nulos algunos de los conceptos de la citada Orden.

Al margen de otras virtualidades de la sentencia, la mención que hace a la Constitución en el considerando 8.º que hemos transcrito, no está muy justificada por ser innecesaria para la resolución del conflicto. Por lo demás, las deducciones que se alcanzan de la definición de España como «Estado social y democrático de derecho» (art. 1.1 de la Constitución) son un tanto superficiales por haber practicado una interpretación gramatical que no ilustra su comprensión. Al efecto de alcanzar el significado de los conceptos «Estado social y Estado democrático de derecho», a los que la doctrina constitucionalista ha prestado especial atención, pueden verse entre otros los trabajos de P. LUCAS VERDÚ: *El Título I*

del *Anteproyecto constitucional (La fórmula política de la Constitución)*, en «Estudios sobre el Proyecto de Constitución», C.E.C., Madrid, 1978, y *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, en «Acta Salmanticensia», Universidad de Salamanca, 1955. También, E. DÍAZ: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 4.ª ed., Madrid, 1972.

Núm. 3. Sentencia de 11 de abril de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 1397/1979): ARTICULO 28.1 DE LA CONSTITUCION.

Libertad sindical: derecho a crear o fundar sindicatos libremente

El derecho a crear o fundar sindicatos libremente (arts. 7 y 28.1 de la Constitución) sólo puede ser ejercido por trabajadores por cuenta ajena y por consiguiente por personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo. No es lícita la creación de un sindicato integrado exclusivamente por pensionistas.

CONSIDERANDO 2.º: «Que la característica expresada se traducirá, cuando de trabajadores se trate, en la exigencia de que el Sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean por cuenta ajena y por consiguiente a personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo; requisito que late en las normas del derecho positivo que admite la constitución de Sindicatos, pues la general dicción del artículo 28, párrafo 1.º, del vigente texto constitucional, como su equivalente del artículo 39 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 o la más vaga del artículo 13, párrafo 4.º, de la de 30 de junio de 1876, ha de ser entendida acomodándola a la concreta normativa que regula el ejercicio de tal derecho, aunque libre necesariamente ajustado a las exigencias legales que disciplinan su efectividad y que de manera inequívoca imponen el elemento profesional para la creación del Sindicato...»

Comentario

La sentencia del Tribunal Supremo admite el recurso interpuesto contra sentencia de la Audiencia que, a su vez, confirmaba la dictada por el juez de Primera Instancia de Castellón de la Plana por la que se desestimaba la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra los promotores de la «Asociación Sindical de Pensionistas de Onda», resolviendo el Alto Tribunal que la citada «Asociación» no se ajusta a derecho.

La citada sentencia aunque cita en apoyo de su tesis el artículo 28.1 de la Constitución no lleva a cabo un estudio del nuevo derecho de asociaciones que surge a partir de la Constitución, inaplicando el principio básico de nuestro ordenamiento según el que los poderes públicos están vinculados a la Constitución (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución). En efecto, se aplica fundamentalmente la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical sin valorar la vigencia de su contenido a la vista del texto constitucional tanto en lo relativo a la regulación del derecho de asociación (art. 22), como al derecho de libertad sindical que no significa sino una especificación de aquel derecho más general. Por otra parte, la especial protección a que están sujetos los derechos fundamentales como el de asociación, por virtud del artículo 53.2 desarrollado por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 2 de diciembre de 1978, no permite sostener, como se deduce de la sentencia, que tales derechos fundamentales tienen una mera función programática para la legislación futura, sin que operen derogaciones en la legislación vigente, ni sean susceptibles de ser aplicados directamente. Por el contrario, la Constitución crea derechos directamente sin la necesaria intermediación de la ley de des-

arrollo, especialmente en el marco del Capítulo segundo de su Título I, que sólo pueden ser regulados por ley que debe respetar su contenido esencial.

Dejemos en este lugar los problemas relativos al valor normativo de la Constitución en donde radica uno de los temas más difíciles y sugestivos de nuestro Derecho constitucional, que cuenta ya entre nosotros con una aportación valiosa en el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1979.

La sentencia, al margen de las anteriores observaciones, merece alguna reflexión. Por de pronto no parece claro si se utiliza el término «trabajador» en sentido amplio o restringido. Más bien parece que se asocia «trabajador» a «contrato de trabajos», en cuyo caso se estaría excluyendo a todos aquellos profesionales o empleados cuya relación de trabajo no se expresa en un contrato de trabajo, entre ellos los funcionarios públicos y los miembros de las Fuerzas o Institutos Armados o los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar, por citar ejemplos que menciona el artículo 28.1 de la Constitución que en un principio (y salvo exclusión para los militares en los términos del artículo 28.1) gozan de libertad sindical. De modo y manera que no es admisible una concepción restringida del concepto de trabajador que sería claramente inconstitucional. Con arreglo a la Constitución sólo son admisibles las restricciones que impone el citado artículo 28.1.

La doctrina, no obstante, en base al desarrollo legislativo de la libertad sindical interpreta con cierto carácter limitativo el ejercicio del derecho «a todos los individuos en cuanto profesionales en el ejercicio de su actividad laboral» (véase *infra*, RODRÍGUEZ PIÑERO, *cit.*, página 102), esto es, se utiliza un concepto amplio de trabajador, pero el sindicado requiere estar en ejercicio de su actividad laboral. A mi juicio esta limitación no se deduce directamente del citado artículo 28.1, sino de comprender el derecho de asociación sindical como una especialidad del derecho de asociación del artículo 22 de la Constitución. Esto es, la limitación deriva de la consideración por la Constitución como asociaciones especializadas, para cuya fundación o creación pueden exigirse una serie de requisitos, como puede ser el de estar en el ejercicio de la actividad laboral. Pero en el caso de aceptarse esta caracterización evidentemente se estaría excluyendo a los trabajadores en situación de desempleo e igualmente a los jubilados. Punto éste en que la sentencia alcanza una conclusión más que dudosa, porque acepta la posibilidad de que los jubilados puedan seguir perteneciendo a un sindicato por aplicación del artículo 16 del Decreto 117/1973 (Considerando 2.º), pero, sin embargo, no pueden crear sindicatos. La conclusión parece improcedente por cuanto el artículo 28 de la Constitución no permite un tratamiento diferente del derecho a crear sindicatos y del de afiliación a los mismos. Aunque la solución no parece del todo satisfactoria podría ampararse la consistente en que la libertad sindical alcanza a todos los trabajadores en ejercicio de su actividad o en situación de desempleo, con exclusión de los jubilados que podrían asociarse en el marco del artículo 22 de la Constitución.

La sentencia de 15 de diciembre de 1979 (núm. 18 de este Repertorio) es una reiteración de la aquí comentada. La misma reiteración, con alguna variante, se aprecia en la sentencia de 6 de diciembre de 1979 (núm. 16 de este Repertorio).

Sobre el tema de la libertad sindical pueden verse los trabajos de M. ALONSO OLEA: *Libertad sindical y derecho de sindicación*, en «Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo», Murcia, 1978; F. DURÁN LÓPEZ y A. OJEDA AVILÉS, ambos en el núm. 121 de la «Revista de Política Social»; J. M. VERDIER y M. RODRÍGUEZ PIÑERO, ambos en el libro colectivo *Los trabajadores y la Constitución*, Separata núm. 4 de la revista «Cuadernos de Derecho del Trabajo», Madrid, 1980.

Núm. 4. Sentencia de 21 de mayo de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Sainz de Robles Rodríguez (Repertorio Aranzadi 2030): ARTICULOS 117.5 Y 25.3 DE LA CONSTITUCION.

Sanciones de contrabando

Aplicación directa y retroactiva de la Constitución. La identidad sustancial entre sanciones impuestas por la Jurisdicción de Contrabando y las sanciones penales determina que no se puedan excluir las primeras del ámbito del indulto (Decreto 2940/1975) de acuerdo

con una interpretación conforme a la realidad social del tiempo que suministra la Constitución de 1978 en sus artículos 25.3 y 117.5.

CONSIDERANDO 4.º: «Que este planteamiento sitúa la apelación ante la cuestión medular del proceso, que consiste en analizar si el Decreto 2940/1975 extiende, directamente, sus efectos a las sanciones impuestas por infracciones de contrabando y a la que es menester dar respuesta afirmativa, por las siguientes razones: 1.º Porque del juego conjunto de sus artículos 1.º y 4.º se obtiene la explícita consecuencia de la íntegra remisión de las 'penas', pecuniarias, cualquiera que fuere su cuantía, con una expresiva excepción para ciertos delitos monetarios; 2.º Es cierto que el artículo 1.º alude a las faltas previstas en el Código Penal, Código de Justicia Militar y Leyes penales especiales; de ahí que, inicialmente, podría concluirse que quedaban excluidas aquellas que no estuvieran previstas en tales textos, toda vez que el artículo 51 de la Ley de 16 de julio de 1964 aloja las infracciones de contrabando en la potestad sancionadora de la Administración; 3.º *Sin embargo, no hay duda de que, prescindiendo del carácter diferenciador según el cual las sanciones penales sólo pueden ser impuestas por sentencia pronunciada por un Tribunal incardinado en la Jurisdicción —ahora única por imperativo del artículo 117.5 de la Constitución—, son sustancialmente idénticas a las aplicadas por la denominada Jurisdicción de Contrabando, incluso por lo que atañe a la privación de libertad del responsable —consecuencia proscrita, en este ámbito, por el artículo 25.3 del mismo texto fundamental a menos que quisiera reputarse a la de contrabando como verdadera jurisdicción—;* 4.º Como quiera que a esta Sala toca aplicar las leyes interpretándolas según su espíritu y finalidad atendiendo, entre otros criterios, 'a la realidad social del tiempo' en que han de serlo (art. 3.1 del C. C.) no es posible, a la vista de lo dispuesto en los citados preceptos de la Constitución de 1978, seguir manteniendo que las sanciones pecuniarias, con su secuela de prisión sustitutoria, impuestas por los Tribunales de Contrabando quedan excluidas del ámbito del indulto por la mera circunstancia de no haberlo sido por un órgano jurisdiccional.»

Comentario

El indulto concedido por Decreto 2940/1975 no incluía en principio las sanciones impuestas por los Tribunales de Contrabando. Sin embargo, siguiéndose una costumbre que se remonta a los indultos que se concedieran con posterioridad a la despenalización formal de las sanciones de contrabando y su calificación de sanciones administrativas por la Ley de bases de 20 de diciembre de 1952, se dictó la Orden de 28 de noviembre de 1975 que extendía el indulto a las referidas sanciones de la legislación de contrabando, con la particularidad de que la citada Orden restringía los efectos del indulto, de modo la intensidad de los beneficios del indulto eran menores en el caso de aplicar la Orden que de aplicar directamente el Decreto, tema éste en el que se centra el litigio.

El Tribunal Supremo llegará a la conclusión de que a partir de la Constitución debe aplicarse directamente el Decreto de indulto y no la Orden que limita sus efectos para las sanciones de contrabando. Este proceder, aplicación directa y retroactiva de la Constitución, es ejemplar. En efecto, la identidad sustancial de las sanciones penales y las de contrabando debe determinar a aplicar a estas últimas la misma intensidad de los beneficios previstos por el Decreto de indulto para las sanciones penales.

Por otra parte hay que hacer notar que si en el régimen anterior se produjo una despenalización de las sanciones de contrabando de carácter formal desprovista de justificación, a partir de la Constitución, y concretamente en virtud de sus artículos 25.3 y 117.5 que cita la sentencia, puede considerarse derogada la legislación de contrabando, no sólo en lo relativo a la hasta ahora denominada Jurisdicción de Contrabando por virtud del artículo 117.5, sino en lo relativo a las sanciones que ni directa ni subsidiariamente pueden implicar privación de libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 25.3 de la Constitución. En esta

línea el Proyecto de Ley orgánica del Código Penal deroga la parte penal de la legislación de contrabando que tipifica en los artículos 377 a 381, bajo el capítulo IX «De los delitos de contrabando»; en el título VII «Delitos contra la seguridad colectiva» del libro II.

Sobre el indulto de 1975, puede verse, F. BUENO ARÚS: *Notas sobre el Decreto de indulto de 25 de noviembre de 1975*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», enero-diciembre, núms. 212-215, 1976, págs. 27 a 71. Con carácter general sobre el indulto puede verse E. LINDE: *Amnistía e indulto en España*, Tucur, Madrid, 1976, y *Amnistía e indulto en la Constitución española*, en esta misma revista, núm. 2, 1978-1979.

Núm. 5. Sentencia de 11 de junio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, D. Espín Cánovas (Repertorio Aranzadi 2380/1979): ARTICULOS 9.1 Y 3, 103.1, 106 DE LA CONSTITUCION.

Principio de legalidad de la Administración Pública

CONSIDERANDO 4.º: «Que una vez calificada la naturaleza jurídica del contrato que realiza 'Transfesa' con sus clientes, procede examinar si su actividad está sujeta al Impuesto de Tráfico de las Empresas o si goza de la exención que pretende la empresa apelada y a la vista del artículo 198.6.4.º de la Ley de Reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1964 así como del artículo 31.19 b) del texto refundido del citado impuesto aprobado por Decreto de 29 de diciembre de 1966, dicha actividad goza de exención ya que estas normas declaran exentos 'los transportes cuya explotación se realice conforme a la Ley de 24 de enero de 1941 y Decreto de 19 julio de 1962', situación que es la correspondiente a la actividad de 'Transfesa' al actuar de acuerdo con Renfe y sin que esta normativa de rango legal pueda ser desvirtuada por lo dispuesto en el artículo 34.19 b) del Reglamento del Impuesto aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1971 que variando la expresión legal y del texto refundido concreta la exención a los transportes realizados por Renfe, *variación que al contrariar normas de rango superior ha de quedar forzosamente como ineficaz frente a la norma que debía desarrollar y en cambio restinge, pues así lo impone el principio de legalidad que consagra la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado texto de 28 de junio de 1957*, en su artículo 26 al prohibir a la Administración dictar disposiciones contrarias a las leyes, sancionando el artículo 28 tal contravención con la nulidad de pleno derecho, *principio de legalidad que en la actualidad encuentra su máxima expresión en la vigente Constitución de 1978 en su artículo 9, núm. 3, al proclamar que la Constitución garantiza el principio de legalidad y la jerarquía normativa, principio de sometimiento de la Administración a la ley que también exigen los artículos 9, núm. 1, y 103, núm. 1 del mismo texto constitucional, atribuyendo en su artículo 106, núm. 1 a los Tribunales el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actividad administrativa.*»

Comentario

La sentencia, en el Considerando que hemos transcrito, fundamenta en la Constitución, a mayor abundamiento, el principio de legalidad de la Administración que prohíbe dictar disposiciones contrarias a las leyes —reglamentos—, lo que establecía la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente al dictarse esta sentencia, y que la Constitución ha venido a consagrar al más alto rango en sus artículos 9, 103.1 y 106.1. Los primeros establecen la sumisión plena de la Administración a la Ley y el Derecho y el artículo 106.1 atribuye a los Tribunales el control de la entera actividad de la Administración.

Sobre este tema estudiado en base a la Constitución puede verse L. PAREJO ALFONSO:

La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa. A propósito de los artículos 24 y 104 del Anteproyecto de Constitución, en «Revista de Administración Pública», número 84, págs. 569 y sigs.; M. BASSOLS COMA: *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en libro colectivo, «La Constitución española y las fuentes del Derecho», vol. I, I. E. F., Madrid, 1979, también en «Revista de Administración Pública», núm. 88, y J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y R. GÓMEZ-FERRER MORANT: *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, en «Revista de Administración Pública», núm. 87, septiembre-diciembre, 1978.

Núm. 6. Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, I. Jiménez Hernández (Repertorio Aranzadi 3182/1979): ARTICULOS 10.2; 22; 53.1; 81.1; 161.1.a); DISPOSICION DEROGATORIA 3 DE LA CONSTITUCION.

Derecho de asociación

Aplicación directa del artículo 22 de la Constitución. Para hacerse efectivo este derecho no es preciso el previo desarrollo legislativo: nuevo derecho de asociaciones.

Eficacia derogatoria del artículo 22 de la Constitución por aplicación de lo dispuesto en su Disposición derogatoria 3.

Interpretación de los derechos fundamentales conforme a lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución.

CONSIDERANDO 1.º: «Que por el representante de la Administración se impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1.ª, de la Audiencia Nacional de 10 de mayo del año en curso por la que se anula por no estar ajustada a Derecho la resolución de la Dirección General de Política Interior de 7 de febrero anterior y se declara el derecho de los recurrentes a que sea inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones la denominada 'Grande Oriente Español' (Masonería Española Simbólica Regular) en base a que ella no respeta los límites del derecho asociativo impuestos por nuestro derecho positivo, al carácter secreto de la asociación y a la falta de desarrollo legislativo del derecho establecido en el artículo 22 de la Constitución.»

CONSIDERANDO 2.º: «Que, sin embargo, el orden establecido por la Administración recurrente, es indudable tiene carácter preferente el último de ellos, ya que afecta al ejercicio del mismo derecho asociativo o, al menos, a alguno de sus aspectos, como lo son los menos, a alguno de sus aspectos, como lo son los referentes a las asociaciones secretas o paramilitares que, por no tener existencia legal previa a la constatación registral de sus estatutos, precisan del desenvolvimiento legislativo previsto en el párrafo 1.º del artículo 53 del texto constitucional, en relación con el párrafo 1.º del artículo 81 del mismo texto, donde se definen enumerativamente las leyes orgánicas, añadiendo que la práctica judicial puede llegar, en su momento, a reconocer, respetar y proteger los principios del capítulo VII (sin duda se refiere al II, donde se hallan recogidos los derechos y libertades) del Título I de la Constitución, pero la regulación de tales derechos sólo podrá efectuarse por Ley, cuya tutela se ha de ejercer a través del apartado a) del artículo 161 del ya citado texto constitucional; pero tal tesis, que responde a una vieja concepción constitucionalista no recogida en el actual texto básico, regulador de la convivencia nacional, no puede ser aceptada y ello por las mismas razones señaladas por el representante de la Administración en el escrito de contestación a la demanda, donde a la pregunta sobre si el ejercicio del derecho asociativo no podía hacerse efectivo hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo posible, se contesta negativamente el mis-

mo representante de la Administración, fundándose para ello en la vigencia actual del texto constitucional y en la promulgación de ley de 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, añadiendo que, en tanto el desarrollo legislativo no se produzca, se realice una hermenéutica favorable a la aplicación de tales derechos a través de la aplicación de las Leyes anteriores, en tanto ellas resulten vigentes por no oponerse al texto constitucional, *debiendo resaltarse que para ello no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, usada en algunas ocasiones en situaciones de transición, cual la que atraviesa España al pasar de las viejas leyes fundamentales a la nueva Constitución, por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta, deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan y aunque es cierto que ello constituye una innovación en el Derecho constitucional, no por ello puede dejar de reconocerse eficacia inmediata al citado texto derogatorio, el cual lleva, como causa ésta obligado, la aplicación directa de la norma constitucional en todo cuanto ello sea necesario para que el ordenamiento jurídico español siga siendo el todo coherente y absoluto que se deduce del actual párrafo final del artículo 1.º del Código Civil, donde se impone a los jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.»*

CONSIDERANDO 3.º: «Que si lo expuesto elimina la objeción relativa a la necesidad ineludible del derecho legislativo mencionado que, obviamente, sólo resulta imprescindible *para concretar más detalladamente los límites genéricamente establecidos por el artículo 22 del texto constitucional, de tal manera que, como indica la sentencia apelada, el citado texto y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, establecen el derecho de asociación en su sentido más amplio, de tal manera que, de ellos y de lo establecido en el punto 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, que según el párrafo 2.º del artículo 10 del texto constitucional ha de servir para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades reconocidos por él, se deduce cual indica en la sentencia impugnada, que la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho y la excepción su exclusión, debiéndose aplicar éstas —las exclusiones— con criterio restrictivo, partiendo para ello siempre de su establecimiento legal, particular éste, con el que no guarda relación la cita del apartado a), del párrafo 1.º, del artículo 161 del texto constitucional, en cuanto que las exclusiones pueden ser inconstitucionales, careciendo de ella, en cambio, cuando se trata del reconocimiento y ejercicio del derecho, inspirado en su declaración genérica por el artículo 22 del expresado texto, el cual exige expresamente resolución judicial para su disolución cuando caigan en la ilicitud de sus fines o medios o incurran en prohibición concreta, debidamente acreditada; es decir, la regulación actual, completamente distinta de la precedente que, inspirada en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, exigía la autorización expresa de la autoridad gubernativa, cual claramente se infiere del párrafo 6.º, del artículo 3.º de la Ley 1964 al señalar cuándo la citada autoridad puede conceder o denegar el reconocimiento de las asociaciones, ha de ser interpretada, de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos y en la realidad social actual, conforme a los principios de hermenéutica del párrafo 1.º, del artículo 3.º de la Ley 1964 al señalar cuándo la citada autoridad puede conceder o denegar el reconocimiento de las asociaciones, ha de ser interpretada, de acuerdo con los antecedentes históricos y legislativos y en la realidad social actual, conforme a los principios de hermenéutica del párrafo 1.º, del artículo 3.º del Código Civil y tanto ésta como aquéllos, en tanto no haya una norma legisla-*

tiva constitucionalmente válida que los limite, pugnan por la libertad asociativa, en cuanto a su constitución, que sólo podrá ser yugulada a través de una declaración judicial de ilegalidad o de hallarse el caso incurso en algún supuesto de prohibición expresa, lo cual es tanto como señalar que la inscripción registral prevista por el artículo 22 de la Constitución habrá de practicarse tan pronto como consten los datos que señala el párrafo 2.º, del artículo 3.º de la Ley de 1964 y el acta de constitución a que se refiere el párrafo 1.º del mismo texto, sin posibilidad de denegación, aunque, eso sí, sin perjuicio de instar la Administración la acción declarativa pertinente, en orden a constatar su ilicitud o el hallarse incurso en prohibición legal.»

Comentario

La doctrina de esta sentencia es sustancialmente la misma que la contenida en la de la misma fecha de la que fue ponente E. Díez Eimil (número 7 de este Repertorio) a la que nos remitimos. Queremos, no obstante, destacar de ésta la clara observación de que el supuesto no es de inconstitucionalidad de la Ley de Asociaciones, que supondría la aplicación de los artículos 163 ó 161.a) de la Constitución, sino que procede la aplicación de la Disposición derogatoria 3 del texto fundamental.

Núm. 7. Sentencia de 3 de julio de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, E. Díez Eimil (Repertorio Aranzadi 3183/1979): ARTICULOS 10.2; 22; 53.1. 81.1; 161.1.a), Y DISPOSICION DEROGATORIA 3 DE LA CONSTITUCION.

Derecho de asociación

Aplicación directa de la Constitución. La aplicación del artículo 22 de la Constitución permite construir un nuevo derecho de asociaciones.

Eficacia derogatoria del artículo 22 por virtud de la Disposición transitoria 3 de la Constitución.

La defensa jurídica de los derechos fundamentales tiene lugar mediante el procedimiento de la Ley 62/1968 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

La interpretación de los derechos fundamentales debe hacerse conforme a lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Constitución.

Considerandos de la sentencia apelada

CONSIDERANDO: «*Que el de asociación es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución española (art. 22) y tutelado por los Juzgados y Tribunales ordinarios —artículo 53.2 en relación con los artículos 9.2 y 24 de la indicada Constitución—, mediante un procedimiento preferente y sumario, como es el que, con carácter provisional, regula la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, seguido en este proceso.*»

CONSIDERANDO: «*Que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se han de interpretar (art. 10.2) de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que se halla el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; en aquella Declaración se proclama (art. 20) que toda persona tiene derecho a la liber-*

tad de asociación pacífica, y en el artículo 22 del Pacto, tras de reconocer que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, se establece que el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la Ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás; de estos preceptos se deducen que la regla general ha de ser el ejercicio del derecho de asociación, debiéndose aplicar con criterio restrictivo las limitaciones al mismo, pues nos encontramos ante uno de los derechos que más contribuyen a la plena realización de la dimensión social de la persona humana.»

CONSIDERANDO: «Que al estar inspirada la Constitución española en principios y concepciones en gran medida contrarios a los que sirvieron de base a las Leyes Fundamentales anteriormente vigentes y legislación inferior dictada para su desarrollo, se pueden plantear —y de hecho se plantean en estos autos— conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico anterior y la norma constitucional, los que siempre han de resolverse dando prevalencia a esta última, cuya disposición derogatoria, apartado 3, deja sin efecto todas las disposiciones que se opongan a lo establecido por ella.»

CONSIDERANDO: «Que el evidente recelo con que la Ley 191/1964, regula el ejercicio del derecho de asociación se manifiesta básicamente en el sistema de autorización previa a que se adscribe, recogido en su artículo 3, según el cual las autoridades competentes (gobernadores civiles o ministro de la Gobernación, hoy del Interior) deben examinar previamente la licitud y determinación de los fines propuestos, y visar o no los estatutos, decidiendo, en caso positivo, la inscripción en el correspondiente Registro; opuesto es el esquema o técnica jurídica que la Constitución sanciona, pues según el artículo 22.3 la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su inscripción en aquel Registro a los solos efectos de publicidad, lo que significa que la personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar (ex ante) una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los Estatutos y mucho menos para llevar a cabo un juicio de las verdaderas y supuestas ocultas intenciones de los que promueven su creación, pues si éste se admitiera, se estaría restableciendo precisamente la regulación que la Constitución ha derogado; ello no supone que, nacida la asociación, escape al control de la legalidad de su organización y actividad, ni que quede exenta del cumplimiento de las prohibiciones establecidas en la Constitución y de las normas moderadoras que se dictan para regular el ejercicio de ese derecho fundamental (y que, en todo caso, ha de ser una ley orgánica que respete el contenido esencial del derecho, según se deduce de los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución), pues la propia Constitución (art. 22.4) atribuye al poder judicial la potestad de suspender y disolver las asociaciones, pretensiones, que podrán ser postuladas por el representante legal de la Administración cuando aquéllas a lo largo de su vida incidan en alguna de las prohibiciones del artículo 22.5.»

CONSIDERANDO: «Que el director general de Política Interior denegó la inscripción solicitada por los promotores de la Asociación 'Grande Oriente Español Unido', por estimar que se trata de una asociación secreta, que incide en la prohibición del artículo 22.5 de la Constitución, calificación y pronunciamiento que se

fundan: 1) En las diferencias existentes entre el número de artículos contenido en los Estatutos de fecha 12 de diciembre de 1978 y el que se recoge en el documento presentado por los promotores el 24 de julio de 1978 titulado 'Conclusiones finales a las que llegó la Gran Asamblea de Maestros Masones del Grande Oriente Español' (en exilio), según el cual dicha 'Gran Asamblea Extraordinaria fue convocada urgentemente... de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 681, párrafo 2.º de nuestros Estatutos y Reglamentos Generales y constituida en T. S. de Justicia'; 2) En la falta de claridad con que los Estatutos determinan los fines, derechos y deberes de los miembros, y el régimen y funcionamiento general; 3) En el desconocimiento de las personas que integran los órganos directivos, afirmación que se apoya en la imposibilidad de que los tres promotores, dado su reducido número, puedan poner en funcionamiento la estructura mínima prevista en los Estatutos, y 4) En la indeterminación de la naturaleza de las actividades, ritos y costumbres que van a ser observados para conseguir el cumplimiento de los fines.»

CONSIDERANDO: «*Que el acto recurrido es contrario a Derecho porque, excediéndose de la restringida habilitación legal que la Constitución confiere a la autoridad gubernativa en cuanto al ejercicio del derecho de asociación*, el director general de Política Interior ha estimado que los Estatutos se habrían presentado para su visado (así lo reconoce expresamente en el último apartado del cuarto Considerando de su resolución) y, por ello, ha efectuado indebidamente un control 'ex ante' o valoración 'a priori' de la legalidad de los fines, actividades e idoneidad de la organización prevista en los Estatutos, intervención para la que, como ya razonamos, carece de competencia, pues en la actualidad se constituyen libremente las asociaciones y tan sólo deben sus promotores facilitar a la Administración los datos exigidos por la Ley a los efectos de su inscripción, requisito cumplido en nuestro caso, ya que el 'acto fundacional' de 8 de octubre de 1978, identifica plenamente a las tres personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerdan promover su constitución, y en los cincuenta y ocho artículos de los Estatutos (divididos en cinco títulos, una disposición final y una disposición transitoria) se regulan todos los extremos a que se refiere el artículo 3 de la Ley 191/1964, y muy especialmente sus fines, a los que con suficiente precisión se refieren, fundamentalmente, los artículos 5, 10, 14, 15 y 17.»

CONSIDERANDO: «*Que el acto combatido es también contrario a Derecho, porque deduce el carácter secreto de la Asociación de presupuestos de hecho que (juzgando a partir que la única documentación que cabe tener en cuenta en el momento en que nos encontramos, es decir, el acta fundacional de 8 de octubre de 1978 y los Estatutos de 12 de diciembre siguiente) no permiten llegar a tal conclusión, porque la publicidad exigida por la Constitución —excluyente del carácter secreto— es la que se obtiene mediante la presentación de aquellos documentos con el contenido del artículo 3 de la Ley 191/1964, lo que constituye un mínimo que en nuestro caso ha de darse por cumplido*, sin que a ello se oponga la existencia en el expediente de las denominadas 'Conclusiones finales' a que antes nos referimos, pues el artículo de los Estatutos a que en ella se alude corresponde a los de un órgano ajeno a la estructura de la Asociación objeto de esta litis, sin que exista motivo para presumir el sometimiento funcional de esta última a unos Estatutos distintos de los que presentó a efectos de su inscripción; por otra parte, ninguna norma exige precisar con todo detalle la clase y alcance de las actividades programadas o de los medios que vayan a utilizarse en el cumplimiento de los fines asociativos, dependientes de la voluntad mayoritaria de los miembros y de las coyunturales circunstancias de cada momento, ni tampoco determinar con igual precisión los aspectos ri-

tuales de su funcionamiento interno o las costumbres que vayan a ser respetadas por los afiliados; finalmente, es razonable presumir que la organización de la Asociación, una vez que pueda comenzar su funcionamiento, quedará cubierta con los socios que se vayan incorporando, a partir de cuyo momento serán atendidos los órganos estatutarios por las personas que accedan a los mismos y que en esta fecha no es posible identificar por depender de los acuerdos que en su día se adopten, por lo que carece de sentido invocar ahora la indeterminación de los titulares de los órganos directivos como fundamento del secreto, pues en la fase actual sólo es exigible la perfecta identificación de los promotores, requisito satisfecho.»

CONSIDERANDO: «Que coincidiendo con las alegaciones del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso por los motivos expuestos, debiendo declararse la anulación del acto administrativo recurrido, reconociéndose el derecho de los actores a la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Asociación 'Grande Oriente Español Unido', sin que existan motivos para una expresa condena en costas.»

Considerandos del Tribunal Supremo

CONSIDERANDO: «Que en autos está plenamente probado que la asociación recurrente es promovida por personas determinadas y con capacidad de obrar que han aportado a la Administración el documento fundacional en que consta su voluntad de constituir la asociación y unos estatutos que, cumpliendo todos los requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley de 24 de diciembre de 1964, determinan sin lugar a duda unos medios, actividades y fines no tipificables como delito y una organización y funcionamiento alejados de todo carácter paramilitar y tales hechos y circunstancias hacen incuestionable, en virtud del principio de libertad de asociación que reconoce el artículo 22 de la Constitución y de los propios términos de éste, que la Administración esté obligada a acordar su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones y, en consecuencia, que el acto recurrido que la denegó adolece de ilegalidad por entrañar una extralimitación de las facultades que en este orden registral corresponden a la Administración, tal y como decide la sentencia apelada con el informe favorable del Ministerio Fiscal y en contra de ello no puede admitirse la calificación de 'secreta' que la Administración apelante atribuye a la referida asociación, pues tal cualidad no puede predicarse de una asociación que, al margen de tiempos pasados o supuestas actuaciones futuras intrascendentes a los efectos de su registración, exterioriza de forma bien explícita su vocación de publicidad y, en orden a su efectiva consecución, aporta todos los documentos y datos necesarios para hacer público, a través de la inscripción que pretende su organización, funcionamiento, actividades, medios y fines, realizando así toda la actividad que le es factible en cumplimiento de la obligación que 'a los solos efectos de publicidad', le impone el número 3 del citado artículo 22 de la Constitución y, en fuerza a todo ello, se impone la confirmación de la sentencia apelada, la cual razona la disconformidad jurídica del acto administrativo con una argumentación tan correcta y exhaustiva que, en evitación de inútiles reiteraciones, hace innecesarias más consideraciones para fundamentar la desestimación de esta apelación.»

CONSIDERANDO: «Que no existen motivos que, a tenor del artículo 131 de la Ley de esta Jurisdicción, justifiquen una especial imposición de costas.»

Comentario

La sentencia de 3 de julio de 1979 (junto a la de la misma fecha de la que fue ponente J. Jiménez Hernández, núm. 6 y la de 7 de diciembre de 1979, núm. 17, ambas en este Repertorio) es, sin duda, en panorama jurisprudencial sobre la Constitución la de mayor interés por su contenido doctrinal altamente innovador; por esta razón nos permitimos reproducirla íntegramente en sus considerandos lo que por otra parte nos permitirá destacar exclusivamente sus aspectos más relevantes.

Esta sentencia reproduce los considerandos de la sentencia apelada dictada por la Audiencia Nacional (de la que fue ponente F. Ledesma) que ha sido comentada ampliamente por M. SÁNCHEZ MORÓN: *La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 22, 1979.

Desde una perspectiva procedimental éste es un supuesto de aplicación de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (véase la bibliografía que se cita en la sentencia núm. 8 de este Repertorio sobre dicha ley). La aplicación de la ley no es dudosa, por lo que no merece la pena insistir en este punto.

La tesis básica de la sentencia consiste en que lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución ha derogado en gran parte la Ley de Asociaciones de 1964, siendo el contenido de aquél de directa aplicación lo que permite afirmar que la Constitución ha instaurado un nuevo derecho de asociaciones. Para alcanzar esta conclusión se construye un razonamiento que pudiera resumirse así: la Ley de Asociaciones de 1964 *se opone* a la Constitución en su artículo 22 y por consiguiente es de aplicación lo dispuesto en la Disposición derogatoria 3, por lo que el contenido opuesto queda derogado siendo de aplicación directa la Constitución. Para alcanzar que la Ley de Asociaciones se opone a la Constitución (en lo relativo a la actividad de control de la Administración sobre las asociaciones y el significado del Registro de las mismas), con excelente criterio, la sentencia se basa en el artículo 22 del texto fundamental, pero también en el artículo 10.2 del mismo según el que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce» deben interpretarse de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España (Declaración Universal, etc.), a partir de los cuales no puede alcanzarse sino la conclusión de interpretar restrictivamente la intervención de la Administración en el derecho a asociarse libremente.

De modo y manera que la referida oposición de la ley de Asociaciones a la Constitución (art. 22 y por vía del art. 10.2) ha derogado el sistema de autorización previa y otros controles administrativos. A partir de la Constitución el control de la legalidad de las asociaciones compete exclusivamente a los Tribunales.

Por otra parte, cualquiera limitaciones al ejercicio del derecho de asociación sólo pueden venir impuestos por una ley orgánica (art. 81 de la Constitución) que deberá respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1).

Finalmente, la sentencia practica una interpretación restrictiva de lo que deben entenderse por «asociaciones secretas», que a nuestro juicio es irreprochable.

Sobre el tema de la aplicación directa de la Constitución puede verse E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, 1979. En lo relativo a la operatividad del artículo 10.2 de la Constitución, E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979. En cuanto a la Ley 62/1978, véase bibliografía citada en sentencia número 8 de este Repertorio.

Núm. 8. Sentencia de 14 de agosto de 1979. Sala de Vacaciones. Ponente, F. Sainz de Robles Rodríguez (Repertorio Aranzadi 4676/1979): ARTICULOS 10.2; 20; 53.2; 81; 105, a) Y b) DE LA CONSTITUCIÓN.

Libertad de expresión

La libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, no se conculca por el hecho de que la Administración suprima unos determinados medios informativos de los que es titular.

CONSIDERANDO 1.º: «Que para el correcto análisis de las cuestiones que ha suscitado la discusión del recurso, tanto las que atañen a su admisibilidad como las que conciernen a la pretensión de fondo, es preciso dejar en claro la función —y, consiguientemente, los límites— que al proceso seguido asigna la Ley 62/1978, puesto que una y otros delimitan el alcance de la potestad jurisdiccional que a través de aquél se ejerce y precisan el contenido y eficacia del pronunciamiento decisorio, y así, teniendo en cuenta lo dispuesto, de una parte, por los artículos 1 y 6 de aquella Ley y, de otra, por el artículo 53.2 de la Constitución, preceptos que responden a los principios establecidos en el artículo 2.3, del 'Pacto' —Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966— y en el 13 del 'Convenio' (para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950), es indudable que este proceso excepcional, sumario y urgente, no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no al ejercicio de un derecho fundamental de la persona —en este caso, la libertad de expresión— dentro del marco general de la legalidad de la actuación de dicho poder, de suerte que, así como el contenido de su actividad —percusión sobre el ejercicio de una libertad pública— determina, con base en el supuesto descrito en la acción, la viabilidad del proceso, la verificación de si, además, la actividad fiscalizada se ajusta o no a Derecho, corresponde al pronunciamiento sobre el fondo. Los restantes aspectos de la actividad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente eventual, deben quedar reservados para el proceso ordinario de fiscalización y radicalmente apartado de éste, con lo que resulta innecesario puntualizar que los efectos de la sentencia que aquí se discuten no se extienden en modo alguno a las pretensiones que, al amparo del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción, puedan ejercitarse.»

CONSIDERANDO 5.º: «Según lo expuesto, libre y expedita la discusión sobre el fondo, hay que señalar que la demanda plantea su pretensión anulatoria sobre los siguientes fundamentos: a) Nulidad radical del Real Decreto 1434/1979 por vulnerar la reserva de Ley Orgánica establecida por los artículos 20.3 y 81 de la Constitución, inconstitucionalidad que se instrumenta, además, como incompetencia (o desapoderamiento) absoluta de la Administración y que, evidentemente, vicia el Acuerdo de supresión; b) Nulidad radical del Real Decreto al vulnerar lo dispuesto en el artículo 105, apartados a) y b) de la Constitución, en cuanto se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido por los artículos 129 a 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para la elaboración de disposiciones generales, y c) Nulidad del Acuerdo por haberse dictado antes de la aprobación y publicación de la normativa que presuntamente legitimaba la supresión de periódicos y agencia. Pero, estas tres modalidades de infracción del ordenamiento jurídico sólo pueden ser examinadas en este proceso si se da su presupuesto material habilitante, es decir, la repercusión de ambos actos sobre el ejercicio de la libertad de expresión garantizada por la Constitución, tema que exige una dilucidación previa y total y al cual la demanda dedica el siguiente párrafo en el primero de sus fundamentos jurídicos: 'cualquier español lo está (legitimado) para defender ante los Tribunales, la cuota de libertad de expresión que le garantiza la existencia de ese patrimonio colectivo de medios de comunicación social'; expresiva frase que adelanta del modo más compendioso y certero el problema previo anteriormente aludido, a saber, si la libertad de expresión que corresponde a todo ciudadano comprende, también bajo la garantía constitucional, la disponibilidad de unos determinados medios informativos, a lo que, quizá, cabe agregar el análisis de los matices que puede incorporar a la cuestión el dato de que los medios informativos de que

se trata tienen el carácter de públicos y es, además, un acto del poder público lo que los ha suprimido.»

CONSIDERANDO 6.º: «Que conforme al artículo 20 de la Constitución y al contenido que al derecho a la libertad de expresión asignan, tanto el artículo 19 del 'Pacto' y el 10 del 'Convenio' (preceptos éstos con arreglo a los que debe ser interpretado el primeramente citado, por exigirlo así el artículo 10.2 de la propia Constitución), 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, cualquiera que sea el medio escogido por el interesado, así como las actividades de éste tendentes a buscar y recibir información; pero, evidentemente, no garantiza el precepto constitucional la disponibilidad de un medio concreto y específico de difusión, ya que esta disponibilidad por un sujeto determinado queda simplemente bajo la cobertura de la norma que lo establezca y regule o de la relación contractual, por cuya virtud el ciudadano pueda acceder a organización informativa específica. De este modo, la supresión por parte de la Administración de unos medios informativos, de los que dispone con arreglo al artículo 6 del Real Decreto-ley 23/1977 (abstracción hecha, repetimos, de si actuó o no legalmente al suprimirlas), si bien disminuye, de hecho, el número de medios actualmente existentes para recibir y difundir información, no invade ningún derecho constitucional del ciudadano a hacer ambas cosas precisamente a través de ellos (derecho que tampoco hubiera ostentado aun en el caso de que se siguieran publicando) por cuanto también su titular tiene derecho a expresarse libremente o a dejar de hacerlo mediante esos mismos medios; lo cual puede predicarse también de la Administración del Estado en cuanto titular de unos medios informativos, toda vez que sobre ella no pesa ningún deber constitucional de mantenerlos como vehículo de una información que corresponda al derecho del ciudadano a recibirla 'veraz' porque este derecho le corresponde frente a agresiones del poder, pero no le faculta para obtener prestaciones de ese mismo poder; aspecto éste que diferencia el supuesto debatido de aquél en que la Administración pública decide suprimir una publicación ajena precisamente para cercenar la libertad de expresión de su titular; y como, por otra parte, el recurso no puede versar sobre la defensa de unos intereses profesionales ni de unos determinados puestos de trabajo, es patente la conclusión de que ni el Real Decreto 1434/1979 ni el Acuerdo del Consejo de Dirección afectan a la libertad de expresión constitucionalmente garantizada ni a los recurrentes ni a ningún ciudadano, máxime cuando está de manifiesto, de la manera más contundente, que la supresión no ha estado movida por propósito alguno que se refiera a la difusión informativa; y faltando ese presupuesto de la tutela solicitada, debe desestimarse el recurso, sin perjuicio, como se dijo, de las cuestiones que puedan suscitarse en el proceso ordinario.»

Comentario

La sentencia de 14 de agosto de 1979 suscita algunos problemas de interés en lo relativo a la aplicación de la Ley 62/1978 y la posibilidad de que con base en la misma puedan ser fiscalizadas disposiciones reglamentarias de la Administración. Pero, a los efectos que ahora nos ocupan, esta cuestión tiene una importancia secundaria, por lo que no seguiremos adelante.

El núcleo central de la sentencia estudia el concepto de libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, alcanzando la conclusión de que no supone vulneración alguna del mismo el que el Estado pueda disponer de sus propios medios informativos suprimiéndolos cuando lo considere conveniente, en los límites del ordenamiento jurídico. A nuestro juicio, el razonamiento de la sentencia, que hemos transcrito en lo más

significativo, es irreprochable. Sobre la protección de los Derechos fundamentales puede verse E. LINDE: *La instauración del principio de igualdad entre la Administración pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley 62/1978*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 23; J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1979.

Núm. 9. Sentencia de 29 de septiembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Sainz de Robles y Rodríguez (Repertorio Aranzadi 3179/1979): ARTICULOS 27 Y 163 DE LA CONSTITUCION.

Libertad de enseñanza: Libertad de creación de centros docentes

El artículo 27 no es de aplicación directa. En base al mismo será posible ejercer el control de la constitucionalidad de la vigente Ley de Educación, cuando se constituya el Tribunal Constitucional (carácter programático).

CONSIDERANDO 3.º: «Que, dentro del derecho fundamental a la libertad de enseñanza descrito en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, queda comprendido el que asiste a las personas físicas y jurídicas para crear centros docentes; pero, en cuanto a su contenido concreto, queda sujeto, no sólo al respeto de los principios aludidos en el apartado uno, sino a las normas mínimas que prescriba cada Estado sobre el sistema educativo (apartado 4), lo que implica de suyo un régimen de fiscalización, previo y general, pero también permanente y particular, que garantice, tanto el derecho de 'todos' a recibir educación en el respeto de los principios democráticos de convivencia y de los derechos y libertades fundamentales, como el efectivo cumplimiento de tales postulados a través de las actuaciones concretas que, por su índole, son duraderas; este régimen de control queda reservado a cada Estado firmante y se explicita mediante un ordenamiento sectorial que, por lo que se refiere a España, está constituido, hasta el momento, por la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970 y por las disposiciones que la desarrollan, cuya articulación y rango se hallan previstos en las habilitaciones otorgadas por aquel texto al Gobierno y al Ministerio de Educación y Ciencia. En esta perspectiva —y teniendo siempre en cuenta que la Orden recurrida es anterior a la entrada en vigor, como norma interna, del Pacto, que, según su artículo 27.1, tuvo lugar el 27 de julio de 1977, dada la fecha de ratificación por el Estado español—; en esta perspectiva, decimos, parece difícil negar al legislador, en principio, la potestad de exigir a los centros privados la asunción de un cierto nivel de enseñanzas, dentro de una programación establecida con carácter general, *en todo caso, lo que habría que replantear, desde esta misma base, es si tal exigencia legislativa se acomoda o no a los preceptos de la propia Constitución de 1978 en cuanto delimitan el ámbito esencial de la libertad de enseñanza, pero no con ocasión del enjuiciamiento de una norma administrativa de ejecución, sino sometiendo al control constitucional la propia Ley, lo cual, obviamente, no podría hacer ahora esta Sala ni siquiera por la vía indirecta a que alude el artículo 163 de la Constitución, por no existir el Tribunal competente para ello.* La cuestión aquí suscitada tiene otro marco normativo más próximo, puesto que radica en saber si las dos limitaciones recogidas en la Orden de 30 de marzo de 1977 se amparan en la Ley o en otro texto legal con rango suficiente para ello.»

Comentario

La tesis básica de la sentencia podría resumirse diciendo que, a su juicio, el artículo 27 de la Constitución no tiene valor normativo inmediato, por lo que no se contempla la posibilidad de aplicar al supuesto en conflicto directamente el precepto constitucional situado en la Sección primera, Capítulo segundo, Título I. Otra bien distinta es la doctrina de las sentencias de 3 de julio de 1979 que, entre otras, de modo decidido aplican directamente el artículo 22 de la Constitución, que merece el mismo trato que el 27 a que se refiere la sentencia que comentamos (véase núms. 6 y 7 de este Repertorio).

No obstante, del considerando 3.º que hemos transcrito pudiera deducirse que se entienden compatibles la libertad de creación de centros docentes y el control del Estado en el marco de una programación de carácter general de la enseñanza (por lo demás, el supuesto de hecho de la sentencia es anterior a la suscripción por España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 1966 y a la Constitución de 1978). Pero esta posición, requeriría que el Tribunal emitiera un juicio, que no tiene lugar, sobre la compatibilidad de la legislación enjuiciada con la Constitución. Esto es, si procede: la aplicación de la Disposición derogatoria 3, porque hay *oposición* entre la legislación enjuiciada y la Constitución; o tan sólo se considere que dicha legislación puede ser *contraria* a la Constitución lo que determinaría la utilización del procedimiento referido en el artículo 163 del texto fundamental; o se entiende que la referida legislación y la Constitución son *compatibles*. Pero la sentencia no procede de esta manera, eludiendo el control de una disposición administrativa para el que está facultado según el artículo 106.1 de la Constitución. Porque si bien es cierto, como expresa la sentencia, que los Tribunales ordinarios no pueden entrar a fiscalizar la ley que compete en exclusiva al Tribunal Constitucional, no es menos cierto que conforme al artículo 106.1 compete a los Tribunales ordinarios el control de la totalidad de la actividad administrativa, por consiguiente la reglamentaria, cuyo ejercicio está vinculada a la Constitución que debe aplicar con carácter prioritario.

El correcto planteamiento del asunto entendemos que debiera ser el de la aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico (véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, 1979), porque, en efecto, no puede en principio entenderse incompatible la libertad de creación de centros docentes con la planificación pública de la enseñanza, sólo que la legislación vigente debe modularse por la aplicación de la Constitución (aunque no es de descartar que ésta haya producido derogaciones singulares). La posición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos puede verse en E. LINDE y otros, cit. en núm. 7 de este Repertorio.

Núm. 10. Sentencia de 16 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, F. Roldán Martínez (Repertorio Aranzadi 3369/1979): ARTICULO 105, b) DE LA CONSTITUCION.

Acceso a archivos y registros administrativos

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 105, b) de la Constitución requiere previamente desarrollo legislativo (carácter programático).

CONSIDERANDO 4.º: «Que si bien la sentencia apelada implícitamente reconoce que en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no existe un asidero seguro para la pretensión de quien, como la actora, no ha sido parte en aquellos expedientes concesionales que ya fueron resueltos por el correspondiente acto administrativo que les puso término y eran firmes por no reconocer la Ley de Procedimiento Administrativo más que una publicidad limitada del procedimiento, pero, apoyándose en otros textos legales, que admiten con más amplitud el principio de publicidad en la actividad administrativa del Estado, los utiliza, como la propia sentencia manifiesta como 'argumento definitivo' para estimar el recurso, dichos textos legales son

el artículo 105 b) de la reciente Constitución y el artículo 1.º de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, el primero de los cuales establece que la Ley, regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas, por lo que entiende el Tribunal 'a quo' no estando comprendida la exhibición de los expedientes concesionales en los límites que dicho precepto constitucional fija, procede dar a conocer el contenido de dichos expedientes a la actora, pero, tal argumentación no es compartida por esta Sala, porque sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional dispone que 'una Ley regule' el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, indudablemente 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, porque todas las normas declarativas de principios básicos, precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y aplicación concreta, de las que no cabe decir que por el hecho de que encaucen aquellos principios en aras de la convivencia general, las nieguen o sean contrarias a las normas jurídicas básicas recogidas en el texto constitucional sino que, por el contrario, las afirman al posibilitar su aplicación, como así sucede por ejemplo con la libertad de ir y venir por todo el territorio nacional, que precisa de un Código de la Circulación, que realmente limita dicha libertad, pero no está en contradicción con ella, sino que al contrario evita llegar a consecuencias absurdas y permite que la libertad de trasladarse de un lugar a otro pueda tener efectividad, de igual modo puede predicarse del principio de publicidad que consagra el artículo 105 de la Constitución que exige de una Ley que lo regule, y mientras ésta no se elabore y publique, no se puede situar a la Administración frente a una laguna legal para resolver las situaciones jurídicas que se produzcan, pues la actividad administrativa ha de estar en todo momento sometida al ordenamiento jurídico preestablecido; por lo que mientras esa Ley de desarrollo que enuncia el texto constitucional no exista, sigue siendo aplicable la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958; de no estimarlo así se quebrantarían los principios fundamentales en todo estado de Derecho el de la certeza del Derecho y la Seguridad Jurídica, por los que tanto el administrado como la Administración conocen la norma y pliegan a ella su conducta; el Estado, a través de la potestad legislativa de las Cortes, es el que dicta el Derecho; a la Jurisdicción sólo le corresponde aplicarlo al caso concreto y la formulación del Derecho por los Tribunales y la Jurisprudencia no debe alcanzar hasta el extremo de sustituir los sistemas jurídicos establecidos por esto; es muy peligroso el subjetivismo interpretativo que desborde la norma establecida sobre el principio de publicidad en los procedimientos administrativos; nuestra Ley Orgánica sólo confiere a los Tribunales para no hacer una modificación legislativa al socaire de una interpretación hecha al amparo de un principio constitucional que no deja a los Tribunales la facultad de desarrollo, sino que expresamente prescribe que sea una Ley la que lo regule; por lo que mientras esta Ley no se dicte, es claro que el ámbito o extensión que debe darse al principio de publicidad tiene que ser el fijado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sin que, por tanto, se pueda reconocer a los administrados no legitimados en un procedimiento administrativo y terminado el derecho de que se les dé vista del mismo...»

Comentario

Esta sentencia concede a lo dispuesto en el artículo 105, b) de la Constitución «carácter programático», esto es, el precepto que dicho artículo contiene no tiene eficacia directa,

no es de directa aplicación, sino que precisa el vehículo de una ley de desarrollo sin la cual está desprovisto de virtualidad. De modo y manera que el alcance del mismo es la determinación de los «principios básicos» a los que debe atender la futura legislación, o como denomina la sentencia, los «preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten», concluyéndose que en tanto esto no suceda sigue siendo de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo.

De escasamente afortunada, cuando menos, hay que calificar a esta sentencia que alcanza conclusiones bien diferentes a otras del Alto Tribunal, cuya reseña aparece en este Repertorio, que de modo decidido llevan a cabo una aplicación directa de la Constitución, interpretando correctamente lo que preceptúan entre otros los artículos 9.1, 53.1 del texto fundamental (véase núms. 6, 7, 11 y 12, entre otras).

Sin duda la eficacia de los preceptos constitucionales es uno de los temas básicos del Derecho constitucional, cuya justa resolución está todavía lejos de ser alcanzada por la doctrina en lo relativo a la multiplicidad de supuestos diferentes susceptibles de ser planteados. No obstante, la tesis del carácter programático de la Constitución es inaceptable, con carácter general, como han tenido oportunidad de pronunciar, entre otras, las sentencias de 3 de julio de 1979 (núms. 6 y 7).

La aplicación directa de los preceptos constitucionales debe tener lugar en la medida en que éstos lo permiten. Con independencia de que una Ley en su día regule el derecho que contiene el artículo 105, *b*) de la Constitución éste es de directa aplicación por virtud de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución. Por lo demás, en este caso el artículo 105, *b*) ha ido más allá de establecer los «principios básicos» delimitando claramente el marco en que es posible el acceso a archivos y registros administrativos, de modo que la aplicación directa es posible con independencia de que la futura ley facilite dicho acceso mediante técnicas, organizaciones y efectivos humanos hoy inexistentes. Pero en modo alguno debe impedirse que agotando la interpretación de la Ley de Procedimiento Administrativo conforme a la Constitución, no pueda servir dicha ley de cauce para el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos.

Para este tema, véase F. SÁINZ MORENO: *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 24, que comenta la referida sentencia de 16 de octubre de 1979.

Núm. 11. *Auto de 24 de octubre de 1979 (no publicado). Ponente C. de la Vega Benayás. ARTICULOS 16 Y 32 DE LA CONSTITUCION.*

Divorcio

La ejecución en España de una sentencia extranjera de divorcio no es contraria al orden público interno por virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 32 de la Constitución, que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio.

CONSIDERANDO: «Que conforme al artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos y, a tal efecto, el Convenio pactado con Francia en 28 de mayo de 1968, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1970, regula el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales de ambos países, con los requisitos que establece.»

CONSIDERANDO: «Que cumplidos en la solicitud los requisitos formales requeridos, sin que la esposa, debidamente citada (citada), haya opuesto objeción alguna, sin embargo, por el Ministerio Fiscal se estima que no procede conceder el 'exequatur' por dos razones: una, porque 'parece ser que la demandada, doña Isabel del A. formuló en 1974 ante un Tribunal español expediente de nulidad' según alusión que se hace en la sentencia francesa, y otra porque el instituto del divorcio no

está reconocido en el Derecho positivo español y, por tanto, otorgar el 'exequatur' atacaría el orden público patrio.»

CONSIDERANDO: «Que no aparece muy firme la objeción primera, ya formulada de modo dubitativo, y en todo caso carente de prueba decisiva y convincente, puesto que su posible fundamento reside en una simple alusión hecha por la Sentencia 'ex abundatía' y, para reafirmar la razón del fallo con el argumento de que la esposa presta su asentimiento a la disolución del vínculo, al pedir la nulidad de su matrimonio, sin que, como se dice, conste ello en estas actuaciones, según sería preciso para la correcta aplicación del artículo 4.º, apartado 4.º, a), del Convenio internacional citado.»

CONSIDERANDO: «Que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —'omnia definitio periculosa est'— por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante; b) Que del orden público podría darse una noción 'hic et nunc', aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque, distinto en el pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; c) Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva; d) Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los 'principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada', habrá que estar, para su aplicación al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.º, 1 del Código civil, 'a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas' las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979.»

CONSIDERANDO: «Que la consecuencia natural, que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español, y así ya la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 1977 afirmaba que, si bien la indisolubilidad del matrimonio es principio esencial del Derecho español, ello no quiere decir que sea un principio absolutamente rígido, pues 'admite inflexiones y más cuando se trata de matrimonios que, por la nacionalidad de los cónyuges, han de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular', añadiéndose después que al tratarse de un matrimonio previo de carácter civil, los principios de la comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público, han obligado, cuando de matrimonio celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente ley personal...»

CONSIDERANDO: «Que no es necesario insistir en el profundo cambio social, político y jurídico que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 atinente a la libertad religiosa y a la aconfesionalidad del Estado, y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la

resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento civil.»

Comentario

El Auto de 24 de octubre de 1979 supone la decidida aplicación directa del artículo 32.2 de la Constitución (en la línea de la Instrucción de 26 de diciembre de 1978, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 30 de diciembre de 1978, núm. 312, pág. 29439, según lo dispuesto en los artículos 32.1; 16.2 y 3, y 14 «*tienen vigencia inmediata*» en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 y Disposiciones derogatoria y final, por lo que deben entenderse modificados los artículos 42 y 86 del Código Civil y los concordantes del Reglamento del Registro Civil por lo que «*los jueces y cónsules encargados de los Registros Civiles deben autorizar los matrimonios civiles de las personas que lo deseen sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes*») que reitera la tesis de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979 (véase R. 1 de este Repertorio). En definitiva, según el Auto, la interpretación conjunta de los artículos 16 y 32.2 de la Constitución conducen a la conclusión de que no es contrario al orden público interno la ejecución en España de una sentencia extranjera de divorcio porque, conforme a la Constitución, la indisolubilidad de matrimonio ha dejado de ser un principio que rija la institución matrimonial.

Conclusión que se fundamenta en la noción de orden público que ensayara la sentencia del mismo Tribunal de 5 de abril de 1966 a la que hace anotaciones de interés.

Este Auto no deja de sorprender por la decidida aplicación directa de la Constitución si se tiene en cuenta que la redacción del artículo 32 en su segundo apartado no se caracteriza por su claridad. En efecto, el citado artículo fue el resultado de un muy particular acuerdo de las fuerzas políticas que concluyó en una redacción ambigua. No obstante, a nuestro juicio, la citada redacción no permite excluir entre las causas de disolución del matrimonio al divorcio como ha sido interpretado por el Gobierno en el proyecto de Ley que ha remitido a las Cortes (cosa bien diferente es el modelo de divorcio que la citada Ley contiene). Por consiguiente, no puede considerarse la ejecución de una sentencia de divorcio como contraria al orden público interno que tiene su más alta expresión en la Constitución. La sorpresa de este Auto es mayor si se tiene en cuenta que, poco más de un mes después, el Auto de 26 de noviembre de 1979 (véase el núm. 15 de este Repertorio) contiene un pronunciamiento que puede considerarse contrario al contenido del que comentamos, en un supuesto que a nuestro juicio ofrece menos dudas que éste.

En la línea de este Auto puede verse también la Resolución de la Dirección General de los Registros de 15 de febrero de 1980 (todavía sin publicar) que incluimos en este repertorio adjunta a la Resolución citada de 6 de abril de 1979. Inclusive dicha Resolución supone una más decidida aplicación del artículo 32.1 en relación con el 16 que determina a resolver que el ordenado «*in sacris*» puede contraer matrimonio aunque no haya obtenido dispensa canónica.

Con todo, es conveniente recordar que la citada Dirección General dictó a finales del pasado año 1979 una Resolución en que se interpreta el artículo 32 de la Constitución de modo en extremo diferente a la línea marcada por la citada Resolución de 6 de abril (véase la Resolución de 19 de octubre de 1979, R. 2 de este Repertorio).

Por lo que respecta al Auto de 24 de octubre comentado, véase J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE: *Primera sentencia de divorcio exequaturada en España*, en «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*», noviembre, 1979, y a las referencias bibliográficas que se hacen al tema.

Núm. 12. Sentencia de 27 de octubre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, I. Pérez Frade (Repertorio Aranzadi 3841): ARTICULOS 9.1; 10; 33, Y DISPOSICIÓN DEROGATORIA 3 DE LA CONSTITUCIÓN.

Propiedad privada. Expropiación

Aplicación directa del artículo 33 de la Constitución por virtud de lo dispuesto en los artículos 9.2 y 10 y Disposición derogatoria 3. La propiedad en todas sus formas y especies queda protegida por la reserva constitucional. En tanto el citado artículo no sea desarrollado por ley la expresión «correspondiente indemnización», debe integrarse a partir de la legislación vigente y la doctrina con el concepto de «equivalente económico del bien o derecho expropiado».

CONSIDERANDO 5.º: «... respecto del procedimiento a seguir para la determinación del justo precio, y garantías subsiguientes a ello, *es inexcusable dejar constancia de la reciente vigencia de nuestro texto constitucional, en el cual, y en su artículo 33, se reconoce el derecho a la propiedad privada, la función social de cuyo derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, sin que nadie pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes, disposiciones todas ellas que aun reconociendo que son escasamente innovadoras, por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes, pero que obligan a ser atendidas ahora como de directa aplicación, como lo es la Constitución que las contiene (art. 9.1 y 10 y Disposición derogatoria 3), quedando por ello bajo la reserva constitucional la protección de todas las formas y especies de la propiedad privada, pudiendo las leyes regular el procedimiento de expropiación, pero, naturalmente, las leyes elaboradas por el Parlamento, sin habilitación hacia el poder reglamentario, por lo que —volviendo al punto inicial de nuestros razonamientos— no puede ya discutirse que la imposición de una servidumbre constituya la privación de un derecho y, finalmente, parece claro que la ‘correspondiente indemnización’ (art. 33 de la Constitución) es concepto que no puede representar otra cosa que el equivalente económico del bien o derecho expropiado, sin que la alteración de los criterios constitucionales, en su caso, pueda hacerse de otro modo que por la ley posterior a la Constitución, caso de que, a su vez, ese equivalente se reputé garantizado por el propio texto fundamental.*»

Comentario

El considerando transcrito, de la sentencia de 27 de octubre de 1979, permite varias observaciones. En primer lugar se compara el valor de la Constitución con las Leyes Fundamentales alcanzándose a concluir, en base a lo dispuesto por el artículo 9.1 y la Disposición transitoria 3 (también se cita el artículo 10 de relevancia menor a la de los anteriores), el valor normativo de la Constitución cuyos preceptos son de aplicación directa (bien es cierto que no se contiene en la sentencia una fundamentación de esta posición frente a la Constitución, como tiene lugar por las sentencias de 3 de julio de 1979, núms. 7 y 8 a que nos hemos referido anteriormente). Mayor interés tiene la consecuencia que se extrae de la conclusión anterior, a saber: que la Constitución ha reservado a las leyes del Parlamento la regulación del procedimiento o procedimientos expropiatorios, lo que debe ser el resultado de aplicar al artículo 33 lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución según el que «sólo por ley» se podrá regular el ejercicio de los derechos, del capítulo segundo, del Título I, como el de propiedad, lo que no resulta dudoso y justifica la deducción de la sentencia.

Por otra parte se interpreta ampliamente el concepto de propiedad privada que según la sentencia incluye «todas las formas y especies», lo que, sin embargo, no se deduce expresamente del citado artículo 33 en su apartado primero.

Parece indiscutible la conclusión que se alcanza en la sentencia según la que «la imposición de una servidumbre de paso de vuelo sobre una finca de propiedad privada» es una privación de derecho, de «facultades peculiares del dominio, entre ellas la de edificar o cultivar ciertas especies, y negativamente se le obliga a soportar determinadas actividades del dominante» (considerando 1.º), por lo que cabe deducir que dicha privación encaja en el supuesto que contempla el artículo 33.3 de la Constitución así como en el artículo 1.º de la Ley de Expropiación forzosa (razón por la que la sentencia concluirá que la imposición de dicha servidumbre debe hacerse conforme al procedimiento expropiatorio de dicha ley y no al margen de la misma aplicando la singular normativa de Telefónica). Esta conclusión tiene enorme importancia si se piensa que en la actualidad la legislación especial excepciona en múltiples ocasiones la consideración de las servidumbres (Ley de Carreteras, Ley de Navegación aérea, Ley de Espacios Naturales Protegidos, etc.), como privación de derecho en base a su definición como limitaciones a la propiedad no indemnizables. Sin duda sería precipitado aventurar que en base a esta sentencia, que interpreta el artículo 33.2 de la Constitución, se puedan entender derogadas todas las leyes que declaren no indemnizables la imposición de servidumbres sobre propiedades privadas, no sólo porque la privación debe tener un contenido patrimonial (art. 1 de la Ley de Expropiación), sino porque en definitiva la dilucidación del referido artículo 32.2 remite a la distinción entre privación y limitación que tiene unas fronteras extraordinariamente borrosas que reflejan toda la suerte de manifestaciones de la tensión de difícil equilibrio entre los poderes públicos y la sociedad civil.

Finalmente la sentencia, estimamos que con acierto, reconduce el concepto de «correspondiente indemnización» al de «equivalente económico del bien o derecho», como reiteradamente viene interpretando la Jurisprudencia y la doctrina el concepto de «justo precio» de la Ley de Expropiación. Esto es, según la sentencia, el concepto de la Constitución remite al de la Ley de Expropiación, poniendo en duda que la Constitución contenga criterios que permitan construir en base a la expresión «correspondiente indemnización» un concepto diferente al de «justo precio» o como dice expresamente que otro «equivalente se reputa garantizado por el propio texto fundamental». Pero también en este caso hay que dejar el tema planteado, porque sería del todo precipitado alcanzar la conclusión de que la Constitución no permite más soluciones que las heredadas de la Ley de Expropiación, sobre todo teniendo en cuenta que la propia sentencia lejos de pronunciarse rotundamente, por el contrario, no hace sino plantear el problema indicado.

La bibliografía sobre la expropiación es extensísima; véase, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación forzosa*, Madrid, 1956, así como el *Curso de Derecho administrativo*, tomo II, en colaboración con T. R. Fernández. Recientemente y sobre el tema de la propiedad, en que se estudia la regulación en la nueva Constitución, puede verse V. L. MONTES: *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.

Núm. 13. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Criminal. Ponente, B. Gil Sáez (Repertorio Aranzadi 3814/1979): ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCION.

Medidas de seguridad

Aplicación directa del artículo 24 de la Constitución, en virtud del cual las medidas de seguridad se benefician de las mismas garantías que las penas.

CONSIDERANDO 5.º: «... e) Que aunque sea posible diferenciar la pena de la medida de seguridad, por su origen y finalidad, en definitiva ésta como aquélla presuponen una privación y restricción de bienes jurídicos, por lo que su imposición y ejecución deben revestir ciertas garantías e ir precedidas y rodeadas de análogo res-

peto a los derechos individuales de la persona, sin que procesalmente sea aconsejable soslayar tales normas con el refugio de que el internamiento indeterminado es una medida de carácter tuitivo en beneficio del reo; f) Que, en consecuencia, *aparece de aplicación a tal medida de seguridad lo establecido para las penas en el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el artículo 80 del Código Penal, y en la fecha de comisión del hecho subjudice los artículos 17, 18 y 19 del Fuero de los Españoles en el momento actual recogidos en el artículo 24 de la Constitución española que tutela el derecho de la persona: a la defensa y asistencia de letrado, a proceso público con todas las garantías, a utilizar las pruebas pertinentes a su defensa y a que en ningún caso pueda producirse indefensión...*»

Comentario

Se trata de un excelente ejemplo de aplicación directa de la Constitución. Con independencia de las diferencias conceptuales entre pena y medida de seguridad en cuanto que éstas producen privación o restricción de bienes jurídicos de la misma naturaleza que las que se derivan de las penas, deben disfrutarse de las mismas garantías establecidas para la imposición y ejecución de las penas.

El proceder de la sentencia parece irreprochable. El artículo 24 de la Constitución no restringe la aplicación del sistema de garantías que establece, de modo que no existe razón alguna para no extenderlas a las medidas de seguridad que si de naturaleza diferente a las penas pueden producir los mismos efectos que éstas en la esfera jurídica de los ciudadanos. En este sentido hay que interpretar lo que dispone el Título VI del Libro I del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal.

Por otra parte, hubiera sido posible reforzar el razonamiento de la sentencia aludiendo al artículo 10.2 de la Constitución según el que la interpretación de los derechos fundamentales (como son las garantías del artículo 24) se interpretaran de conformidad, entre otros, con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyos artículos 5 y 6 proporcionan criterios más claros y contundentes, en favor de la interpretación de la sentencia que comentamos, que los que se deducen del artículo 24 de nuestra Constitución.

Sobre el Derecho penal en la Constitución, puede verse A. SERRANO GÓMEZ: *Las garantías del ciudadano ante la privación de libertad*, en «Lecturas sobre la Constitución», I, UNED, 1979, págs. 123 y sigs. Por lo que respecta a la futura regulación de las medidas de seguridad el Instituto Nacional de Prospectiva en uno de sus «Cuadernos de Documentación» ha publicado la *Memoria explicativa del texto Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, en donde se ilustra el significado del título dedicado a las medidas de seguridad. Por último, en lo relativo a la referencia que hacemos a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, puede verse E. LINDE, L. ORTEGA y M. SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979.

Núm. 14. Sentencia de 5 de noviembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, E. Díaz Eimil (Repertorio Aranzadi 4014/1979): ARTICULO 106.2 DE LA CONSTITUCION.

Responsabilidad de la Administración

El artículo 106.2 de la Constitución ha consagrado el principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, que la legislación ordinaria precedente instaurara.

CONSIDERANDO 2.º: «Que desde luego esta Sala acepta el principio de responsabilidad objetiva de la Administración Municipal que la sentencia apelada declara al amparo de los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local, pues fueron

precisamente los que le introdujeron en el Derecho administrativo español, anticipando así en el ámbito local lo que más tarde se extendió a la esfera central en virtud de lo dispuesto en los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, los cuales completan la definitiva consagración legislativa de dicho *principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, que actualmente alcanza el más elevado rango normativo en el artículo 106.2 de la Constitución vigente tal y como corresponde a su categoría de pieza fundamental del Estado de Derecho* y, de acuerdo con ello y rechazando en su consecuencia las alegaciones del Ayuntamiento relativas a la necesidad del elemento subjetivo o de culpa, debe sentarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere tan sólo que los daños y perjuicios efectivos, materiales e individualizados que se reclaman hayan sido ocasionados, al margen de toda negligencia o culpa, por la actuación de los órganos o agentes de la Administración Pública y, por tanto, que no tengan su origen en la propia conducta del reclamante, ya que este último supuesto, por muy generoso que sea la aplicación del criterio objetivo, no puede en forma alguna configurarse como determinante de la responsabilidad patrimonial administrativa en cuanto que entraña la ausencia y ruptura del nexo causal entre el daño producido y el actuar de los entes públicos, que es precisamente la razón especial que justifica la atribución a dichos entes públicos de la citada responsabilidad.»

Comentario

La cita de la Constitución por la sentencia de 5 de noviembre de 1979 se hace a mayor abundamiento. En efecto, como explica el considerando que hemos transcrito, la Constitución de 1978 no ha hecho sino consagrar el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración instaurado en la legislación administrativa precedente. Entre la abundante bibliografía sobre este tema cabe destacar los trabajos de J. LEGUINA VILLA: *La responsabilidad de la Administración Pública (su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español)*, Tecnos, Madrid, 1970, y recientemente *El fundamento de la responsabilidad de la Administración*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 23, octubre-diciembre, 1979, así como L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, y *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, en «Revista Española de Derecho Administrativo», también F. GARRIDO FALLA: *La posición constitucional de la Administración Pública*, en libro colectivo «La Administración en la Constitución», C. E. C., Madrid, 1980, págs. 33 a 40.

Núm. 15. Auto de 26 de noviembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 3855): ARTICULO 39.2 DE LA CONSTITUCION.

Investigación de la paternidad

Carácter programático de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución. La ejecución de sentencia extranjera en España en materia que afecta a una relación biológica paterno-filial atañe al orden público interno por lo que se deniega dicha ejecución.

CONSIDERANDO: «Que instado el cumplimiento de la sentencia formada por el Tribunal de Gran Instancia de Marsella al amparo del Convenio entre el Gobierno español y el de la República francesa sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969, es de señalar, que con arreglo al artículo 3.º,

apartado 1.º, de esa normativa paccionada para que proceda el reconocimiento en el territorio de una de las Partes Contratantes las resoluciones dictadas por los Tribunales de la otra, será presupuesto primordial que el Tribunal de origen resulte competente, conforme a lo dispuesto en el art. 7.º, cuyos núms. 1.º y 2.º establecen la atribución competencial en las hipótesis de que en el momento de la presentación de la demanda el demandado tenga su domicilio o residencia habitual en el Estado de Origen y cuando en la misma oportunidad tuviera en este territorio un establecimiento o una sucursal de carácter mercantil, industrial o de cualquier otra naturaleza, y haya sido citado, en dicho Estado, para un litigio relativo a tal actividad de aquellos establecimientos o sucursales; supuestos que no concurren manifiestamente en el presente caso, como tampoco el de sumisión expresa ni tácita ni cualquiera de los restantes contemplados en el citado precepto, por cuanto la sentencia extranjera declara que 'el demandado domiciliado en Barcelona (España), ha sido regularmente citado por intermedio del señor fiscal de la República, de Marsella, y que, sin embargo, no ha nombrado abogado', siguiéndose el proceso 'en rebeldía', por lo cual y *tratándose de cuestión que por afectar a una relación biológica paterno-filial atañe en alguna medida al orden público interno del Estado requerido, ya que no ha sido desarrollada todavía la norma programática del artículo 39, párrafo 2.º, proposición segunda, de la Constitución española, el reconocimiento de la resolución, y los efectos pretendidos serán denegados*, según dictamina el Ministerio Fiscal, a tenor de lo previsto en el artículo 4.º, apartados 1.º, 2.º y 3.º, del Convenio aplicable, tanto más que el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero, determina que los medios jurídicos a que se refiere no son sustitutivos, sino adicionales de los que puedan utilizarse conforme al derecho interno o al Derecho internacional (art. 1.º, párrafo 2).»

Comentario

La doctrina de este Auto contrasta claramente con la del Auto de 24 de octubre de 1979 (núm. 11) a la que remitimos al lector.

No parece aceptable el razonamiento que se contiene en el Auto según el que la ejecución de la sentencia dictada por el Tribunal de Gran Instancia de Marsella en España atañe en alguna medida al orden público, en cuanto que la vigente Constitución en su artículo 39.2 expresa con rotundidad que *se posibilitará la investigación de la paternidad*, de modo y manera que el contenido de la sentencia en cuanto afecta a una relación biológica paterno-filial, no puede reputarse en modo alguno como contraria a la Constitución y en consecuencia al orden público interno. En efecto, si por orden público hay que entender como definió ese Alto Tribunal en sentencia de 5 de abril de 1966... *los principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada*, no cabe duda de que tales principios se fundamentan principalmente en la norma constitucional, de modo y manera que el mandato que contiene el citado artículo 39.2 sirve para configurar, en dicho ámbito preciso, lo que es conforme al orden público interno.

Por otra parte, el citado Auto alude al carácter programático del artículo 39.2 de la Constitución, lo que no deja de ser cierto si se interpreta en el sentido de que la Constitución ha transferido a la Ley el desarrollo del precepto. Pero esto no es incompatible con que tal precepto tenga eficacia derogatoria de la legislación que se le oponga (Disposición derogatoria 3) ni que no pueda ser aplicado directamente en la medida en que su contenido lo permita, aplicación que vincula a los poderes públicos y por consiguiente a jueces y tribunales (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución). De modo y manera que siendo difícil, sin la existencia de una ley que desarrolle el citado artículo 39.2, aplicar directamente dicho precepto, no cabe duda de que es posible la ejecución de una sentencia extranjera en España que verse sobre dicha materia, porque su ejecución es conforme al orden público interno.

Problema bien diferente, al que también se refiere el Auto, es el de si es conforme al orden público interno la ejecución de una sentencia extranjera dictada a resultas de un proceso seguido «en rebeldía», lo que resulta dudoso (art. 24 de la Constitución), pero esta es una cuestión en la que no vamos a entrar en esta ocasión, si bien nos permitimos apuntarla.

Núm. 16. Sentencia de 6 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 4117/1979): ARTICULO 28.1 DE LA CONSTITUCION.

Libertad sindical: derecho a crear o fundar sindicatos

El derecho a crear o fundar sindicatos libremente (arts. 7 y 28.1 de la Constitución) sólo puede ser ejercido por trabajadores por cuenta ajena, y por consiguiente, por personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo. No es lícita la creación de un sindicato integrado exclusivamente por parados.

CONSIDERANDO 2.º: «Que la característica expresada se traducirá, cuando de trabajadores se trate, en la exigencia de que el Sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean por cuenta ajena y por lo tanto personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo, pero siempre que esta circunstancia no se convierta en nota definitiva o requisito necesario para el ejercicio del derecho de sindicación; presupuesto que late en las normas del Derecho positivo que admiten la constitución de Sindicatos, pues la general dicción del artículo 28, párrafo 1.º, del vigente texto constitucional, como su equivalente del artículo 39 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 o la más vaga del artículo 13, párrafo 4.º, de la de 30 de junio de 1876, ha de ser entendida acomodándola a la concreta normativa que regula el ejercicio de tal derecho, aunque libre necesariamente ajustado a las exigencias legales que disciplinan su efectividad y de manera inequívoca imponen el elemento profesional para la creación del Sindicato...»

CONSIDERANDO 4.º: «Que el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.º, números 1 y 2 de la repetida Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical, por entender que el Tribunal *a quo* ha incurrido en una exégesis *contra legem* de dicho precepto al tener por válida la constitución de un sindicato integrado únicamente por personas que se hallan en situación de inactividad actual o inminente, y además es omitida toda referencia a la rama de actividad correspondiente; motivo que debe prosperar, pues conforme a lo anteriormente razonado no es permitido formar una Asociación Sindical según la normativa de dicha ley integrada exclusivamente por quienes se encuentran en situación de paro o en crisis de trabajo de 'cualquier rama de actividad', con lo que es manifiesta la vulneración de los preceptos invocados, que asimismo conduce a la estimación del motivo tercero que, por la propia vía, reprocha a la Sala de instancia violación por inaplicación del artículo 1.º de la Ley reguladora del derecho de asociación de 24 de diciembre de 1964, ya que en efecto, los componentes de la entidad combatida, por más que carezcan del derecho a sindicarse en la condición específica de trabajadores desempleados, no quedan desprovistos de tutela legal, que pueden alcanzar plenamente permaneciendo en el Sindicato al que se habían afiliado en la situación de trabajador activo, o acudiendo al

medio que proporciona la libertad de asociación proclamada en los artículos 1 y 2 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre.»

Comentario

Nos remitimos al comentario de la sentencia de 11 de abril de 1979 (núm. 3 de este Repertorio). La particularidad que este supuesto presenta con relación al de la sentencia de 11 de abril citada es que allí se declara ilícita la creación de un sindicato de pensionistas y aquí la ilicitud se refiere a desempleados. En este caso es más que dudosa la declaración de ilicitud que alcanza a quienes no es dudoso puedan estar afiliados a sindicatos (lo mismo no puede decirse de los pensionistas), a no ser que la ilicitud se basara en el carácter restrictivo de dicho sindicato «sólo los desempleados» contrario al artículo 28.1 de la Constitución que consagra el derecho de todos los trabajadores a afiliarse al sindicato de su elección.

Por consiguiente, en este caso no puede considerarse de aplicación el principio de especialidad a que nos referimos en el comentario de la sentencia de 11 de abril de 1979.

Núm. 17. Sentencia de 7 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala IV. Ponente, J. I. Jiménez Hernández (Repertorio Aranzadi 4353/1979): ARTICULO 22 DE LA CONSTITUCION.

Derecho de asociación

La constitución de asociaciones tiene lugar a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, libremente por voluntad de los asociados al margen de la aprobación ministerial. El registro de los estatutos tiene el efecto de mera publicidad, conforme establece el artículo 22 de la Constitución.

CONSIDERANDO: «Que en estos autos se impugnan la resolución de la Dirección General de Seguridad de 6 de febrero de 1975 y el acto desestimatorio tácito del recurso de alzada contra ella interpuesto, por los que, respectivamente, se deniega la solicitud de adaptación de los estatutos del Club de Amigos de la Unesco de esta capital a la Ley de 24 de diciembre de 1964 y se ratifica dicha denegación, basándose dicha impugnación, que recoge la larga trayectoria de un expediente iniciado mediante comunicación de remisión de los nuevos estatutos en 30 de abril de 1965 y en el que no han faltado incidencias de diversas clases, de las cuales dos acabaron en esta Sala mediante sentencias de 20 de octubre de 1970 y de 21 de noviembre de 1974, en que los fines de la asociación son perfectamente lícitos y determinados y no son admisibles las expresiones que tienden a presentarlos como ilícitos con arreglo al párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley de 1964, que, en todo caso, no quedan indeterminados y que la actividad de la Asociación no es contraria a los fines estatutariamente fijados, pues, dejando aparte esto último que, indudablemente, trasciende el ámbito de un expediente como el depurado, tendente tan sólo a determinar si los nuevos estatutos se adaptaban o no a la legalidad surgida, con la promulgación de la Ley de 24 de diciembre de 1964, para incidir, sin duda, en materia de disciplina asociativa, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.º de los estatutos nuevos contiene los verdaderos fines o propósitos de la asociación, ya que el segundo contiene tan sólo el señalamiento de una serie de medios para darlos a conocer, como lo son la organización de conferencias, cursillos, seminarios, reuniones, proyecciones, exposiciones, festivales, viajes y otros actos, contando para ello con el apoyo de los medios de información y difusión y con la colaboración, en su caso, de otros organismos; pues bien, tales fines son descritos en el apartado 1.º de la

siguiente forma: apoyar a la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en sus propósitos y funciones, los cuales son concretados seguidamente recogiendo textualmente el artículo 1.º de la Constitución del citado organismo, a la que el Estado español tiene prestada su adhesión desde 1952 que dice: 'La Organización se propone contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura la colaboración entre las naciones a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la Ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, que, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo; es decir, se trata de una declaración programática que ni puede ser tachada de ilícita, ya que había sido reconocida por el mismo Estado que ahora, para su aplicación por una asociación concreta, había de homologar, ni de imprecisa o indeterminada, ya que no ofrece dudas sobre las actividades a realizar; podía, sin duda, acaecer algún exceso o desbordamiento en el desarrollo de tales finalidades, pero ello no es materia propia de la declaración de conformidad o disconformidad jurídica de los estatutos, asociativos, sino de disciplina asociativa, la cual se halla regulada independientemente en el mismo texto legal y de ello había hecho uso el Ministerio cuya resolución tácita se depura ya con anterioridad a la adaptación estatutaria debatida, pues la asociación se hallaba constituida con arreglo a la legalidad anterior y reconocida desde el año 1960; en definitiva, *procede estimar el recurso jurisdiccional y declarar la validez de la adaptación estatutaria operada, la cual viene, además, propugnada en momento actual por la nueva situación constitucional imperante desde el 27 de diciembre de 1978, ya que derogados muchos de los preceptos del texto legal de 1964, tal y como se indicó en la sentencia de esta Sala de 3 de julio último, la aprobación ministerial no es en la actualidad necesaria y el registro de los estatutos tendrá efecto de mera publicidad, según señala el párrafo tercero del artículo 22 de la Constitución y reconoció la mencionada sentencia*'.»

Comentario

Esta sentencia reitera la doctrina de las sentencias de 3 de julio de 1979 que antes hemos transcrito (núms. 6 y 7). Al comentario que allí hicimos nos remitimos.

Núm. 18. Sentencia de 15 de diciembre de 1979. Civil. Ponente, J. Castro García (Repertorio Aranzadi 4361/1979): ARTICULO 28.1 DE LA CONSTITUCION.

Libertad sindical: derecho a fundar sindicatos

El derecho a crear o fundar sindicatos libremente (arts. 7 y 28.1 de la Constitución) sólo puede ser ejercido por trabajadores por cuenta ajena, y por consiguiente, por personas ligadas al empresario por contrato de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo. No es lícita la creación de un sindicato integrado exclusivamente por pensionistas.

CONSIDERANDO 2.º: «Que la característica expresada se traducirá cuando de trabajadores se trate, en la exigencia de que el Sindicato habrá de asociar, en rigor, a los que lo sean por cuenta ajena, y por consiguiente a personas ligadas al empresario por contratos de trabajo, aunque tal vínculo sea potencial por hallarse el interesado en situación de desempleo; requisito que late en las normas del Derecho positivo que admiten la constitución de Sindicatos, pues la general dicción del artículo 28, párrafo 1, del vigente texto constitucional, como su equivalente del artículo 39 de

la Constitución de 9 de diciembre de 1931 o la más vaga del artículo 13, párrafo 4.º, de la de 30 de junio de 1876, *ha de ser entendida acomodándola a la concreta normativa que regula el ejercicio de tal derecho, aunque libre necesariamente ajustado a las exigencias legales que disciplinan su efectividad y que de manera inequívoca impone el elemento profesional para la creación del Sindicato...*»

Comentario

Esta sentencia reproduce la doctrina de la sentencia del mismo Tribunal de 11 de abril de 1979 que reproducimos anteriormente. Nos remitimos a lo allí expresado. En este caso se trataba del intento de constituir la «Asociación de Pensionistas y Jubilados de la Provincia de Castellón» como asociación sindical al amparo de la Ley 19/1977 de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical.

Núm. 19. Sentencia de 24 de diciembre de 1979. Contencioso-Administrativo. Sala III. Ponente, M. Sainz Arenas (Repertorio Aranzadi 4427/1979): ARTICULO 86 DE LA CONSTITUCION.

Decretos-leyes

Los Decretos-leyes conforme a lo que dispone el artículo 86 de la Constitución, conservan el rango de ley formal, por lo que no puede atribuirse prioridad a otras normas con rango de ley en el sistema de fuentes anterior a la Constitución de 1978.

CONSIDERANDO 1.º: «Que de nuevo se plantea a la Sala el tema del alcance de los beneficios fiscales que, por un período de diez años, disfruta Altos Hornos del Mediterráneo, S. A., por virtud del Decreto-ley 12/1971, de 26 de junio, que mandó convocar concurso para la instalación de una planta siderúrgica integral a emplazar en la zona de Sagunto (Valencia); tema sobre el que la Sala se ha pronunciado ya en sentencias de 14 de junio de 1977, 2 de mayo de 1978 y 7 de marzo y 6 de junio de 1979, manteniendo en todas ellas que la remisión que el citado Decreto-ley hace a la Ley 152/1963, de 2 de diciembre, sobre industrias de interés preferente, no se concreta a un beneficio singular, sino que, de modo genérico, concede los previstos en dicha ley, sin que la referencia a ésta pueda tener otro alcance que el denominativo de la misma, debiendo entenderse comprendidos todos los beneficios que relaciona y en su cuantía máxima; todo ello interpretando estrictamente el Decreto-ley, conforme a criterios admitidos en Derecho a tenor del artículo 23 de la Ley General Tributaria; *haciéndose preciso continuar hoy rechazando la prioridad normativa que por la representación del Ayuntamiento apelante se atribuye a las Leyes de Régimen Local, General Tributaria y de Industrias de Interés Preferente sobre dicho Decreto-ley, por tener éste el mismo rango formal legal en la fecha de publicación*, con arreglo al artículo 13 de la Ley de 17 de julio de 1942 reguladora de las Cortes, y 52 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 *y conservarla en la actualidad según el artículo 86 de la Constitución*, por ser posterior su fecha de promulgación a las de esas otras tres leyes, y también porque por su naturaleza de norma dictada especialmente para regular la situación jurídico-fiscal de la entidad adjudicataria del concurso, que resultó ser Altos Hornos del Mediterráneo, ha de aplicarse con preferencia a las disposiciones que, con carácter general, rigen sobre industrias de interés preferente y a cualesquiera otras, asimismo generales, con incidencia en el mismo ámbito.»

Comentario

El argumento de la sentencia es incuestionable, el valor de los Decretos-leyes en el anterior sistema justifica que sean considerados como normas de rango legal al igual que las Leyes de Cortes, de modo que desde la perspectiva de la nueva Constitución no puede otorgarse prioridad normativa a las leyes de Cortes sobre los Decretos-leyes producidos con anterioridad a la Constitución de 1978.

No obstante parece conveniente advertir que los Decretos-leyes que regula la vigente Constitución tienen caracteres bien diferentes de los del anterior régimen. En efecto, los Decretos-leyes del artículo 86 de la Constitución son una forma excepcional y provisional de legislar por el Gobierno que tiene prohibida su entrada en grandes sectores del ordenamiento, mientras que los Decretos-leyes del anterior sistema eran un procedimiento alternativo, cuando no prevalente, de legislar junto a las leyes de Cortes. Para una visión comparada de las diferencias entre los Decretos-leyes antes y después de la Constitución, pueden verse E. LINDE PANIAGUA: *Ley y reglamento en la Constitución*, en «Lecturas sobre la Constitución española» (libro colectivo coordinado por T. R. Fernández Rodríguez), UNED, Madrid, 1979, págs. 261 a 268. Por otra parte, contamos con un trabajo excelente sobre el tema en que se estudia con detalle la institución, a saber, J. SALAS: *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.

Por lo demás, la sentencia de 24 de septiembre de 1979 suscita algunos problemas. A tal efecto conviene ilustrar que el Decreto-ley 12/1971 al que se refiere calificó a la empresa citada de industria de interés preferente, otorgándole los beneficios que esto conlleva en su grado máximo, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 152/1963, de 2 de diciembre que alcanza a los tributos locales (art. 4 de la ley). El problema se concretaría, a partir de la vigencia de la Constitución y su presumible desarrollo, en cuestionar la posibilidad de que en el futuro la legislación del Estado (por consiguiente los Decretos-leyes) pueda otorgar beneficios en el ámbito local, teniendo en cuenta que la Constitución consagra la autonomía de los municipios (art. 140) así como la de las provincias (art. 141). ¿Acaso es compatible la autonomía de los entes locales con este tipo de inmisiones? No parece dudoso que la Constitución configura la potestad tributaria en el Estado con carácter originario y en las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales con carácter derivado (art. 133.1 y 2), de modo que las limitaciones al ejercicio de la potestad tributaria por las Corporaciones Locales pueden venir de la legislación de la que se derive su potestad, pero no al margen de ésta (como ocurre en el caso que refiere la sentencia que nos ocupa) de interpretarse rigurosamente el concepto de autonomía consagrado por la Constitución. Este tema ha recibido hasta la fecha escasa atención doctrinal (a lo que ha colaborado sin duda el insuficiente tratamiento de la Constitución que ha evidenciado M. ARIAS SENOSEAIN: *Constitución y Administración Local*, en «Lecturas sobre la Constitución española», UNED, Madrid, 1979, tomo I, págs. 377 a 388), que contrasta con los abundantes trabajos dedicados a las Comunidades Autónomas, sirvan como ejemplos los volúmenes colectivos *La financiación de las Comunidades Autónomas*, en «Documentación Administrativa», núm. 181, enero-marzo, 1979, y *Hacienda y Constitución*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979. Algunas referencias al tema que hemos suscitado se hacen en L. M. CAZORLA PRIETO: *Incidencia de la nueva Constitución en la legislación territorial tributaria*, en *Hacienda y Constitución*, ob. cit.

Recientemente sobre el tema de la Administración Local puede verse R. ENTRENA CUESTA: *La Administración Local en la Constitución de 1978*, en el libro colectivo *La Administración en la Constitución*, C. E. C., Madrid, 1980, págs. 96 y sigs.

B) *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado***R. 1. Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979 (Repertorio Aranzadi 1462/1979): ARTICULOS 32.2 Y 16 DE LA CONSTITUCION***Divorcio*

La ejecución en España de una sentencia extranjera de divorcio no es contraria al orden público interno por virtud de lo dispuesto en los artículos 16 y 32 de la Constitución, que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio.

CONSIDERANDO 3.º: «Que no hay que olvidar que la excepción de orden público es por su propia naturaleza de carácter variable, elástico y flexible, puesto que, si según la jurisprudencia el orden público está constituido por 'aquellos principios jurídicos públicos y privados políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada' —sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966—, es indudable su carácter relativo ligado a la concepción social y política de cada momento histórico aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente.»

CONSIDERANDO 4.º: «*Que es innecesario resaltar el profundo cambio político-social, y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución española; concretamente en el régimen del matrimonio, la indisolubilidad de éste —que ya tenía inflexiones y matizaciones en el propio Derecho interno, a pesar de la declaración del artículo 52 del Código— ya no tiene rango constitucional y basta a estos efectos, comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los Españoles con el artículo 32.2 de la nueva Constitución; y no es posible hoy estimar que sólo respecto del matrimonio canónico su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución) impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas.*»

Comentario

Nos remitimos íntegramente al comentario del Auto de 24 de octubre de 1979, del que fue ponente C. de la Vega Benayaas, que incluimos en este Repertorio (véase núm. 11).

Por su interés a continuación adjuntamos la Resolución de 15 de febrero de 1980 que interpretando conjuntamente los artículos 16 y 32 de la Constitución alcanza la conclusión de que un ordenado «in sacris» puede contraer matrimonio, aunque no haya obtenido dispensa canónica, declarando sin vigor el artículo 83.4 del Código civil según el que los ordenados «in sacris» no pueden contraer matrimonio.

RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 15 DE FEBRERO DE 1980*Matrimonio civil*

Derecho a contraer matrimonio civil por un ordenado «in sacris» aun en el caso de no haber obtenido dispensa canónica, por virtud de la aplicación directa de los artículos 16 y 32 de la Constitución que han derogado los artículos 83.4, 42 y 86 del Código civil.

CONSIDERANDO: «Que la cuestión planteada consiste en determinar si el ordenado 'in sacris' puede contraer matrimonio, aunque no haya obtenido dispensa canónica.»

CONSIDERANDO: «Que entre los derechos y libertades básicas está reconocido el de contraer matrimonio, sin que pueda ser restringido por razones o situaciones de carácter religioso pues ello constituiría una discriminación prohibida por los convenios internacionales aplicables en España y, en particular, contraría a la Constitución.»

CONSIDERANDO: «Que es indudable que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, vinculan ya, como establece su artículo 53, a todos los poderes públicos y dejan en consecuencia sin valor los preceptos contrarios, cualquiera que sea su rango.»

CONSIDERANDO: «Que ha quedado, por tanto, sin vigor el impedimento de carácter religioso contenido en el artículo 83.2 del Código civil.»

CONSIDERANDO: «Que esta conclusión parece respaldada por la confluencia de otros principios constitucionales, como la no confesionalidad del Estado (art. 16.3) y el de que 'nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias' (art. 16.2).»

CONSIDERANDO: «Que si la recta aplicación de este último principio ha obligado a entender (cfr. Instrucción sobre matrimonio civil de 26 de diciembre de 1978) que se ha producido la modificación —en lo opuesto a la Constitución— de los artículos 42 y 86 del Código civil, al no ser posible inquirir la religión de los contrayentes, forzosamente hay que llegar igualmente a la conclusión de que tampoco puede ser investigada la condición sacerdotal o religiosa de aquéllos, ni obligarles a declarar sobre este extremo.»

CONSIDERANDO: «Que si el artículo 478 del Código penal sanciona al juez que autorice a sabiendas la celebración de un matrimonio ilegal, es obvio que esta sanción no puede alcanzar al caso de un matrimonio, que, por lo antes razonado, no merece ese calificativo.»

CONSIDERANDO: «Que, con arreglo a los artículos 98 de la Ley del Registro Civil y 371 de su Reglamento, son gratuitas todas las acciones seguidas. Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria: 1.º) Revocar el auto apelado y estimar que no existe el impedimento a que el auto se refiere; 2.º) Declarar la gratuidad del expediente y de los recursos.»

R. 2. Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 19 de octubre de 1979 (Repertorio Aranzadi 3286): ARTICULO 32 DE LA CONSTITUCION (no se cita textualmente).

Divorcio

Forma de disolución del matrimonio no reconocida.

CONSIDERANDO: «Que la consulta elevada a este Centro, conforme a lo permitido por el artículo 250 del Reglamento del Registro Civil, se ciñe a determinar si el juez encargado correspondiente podrá autorizar el matrimonio civil que intentan

contraer dos españoles, ella soltera y él casado canónicamente en Inglaterra con súbita de este país, habiendo recaído sentencia firme de divorcio vincular decretado en la misma nación.»

CONSIDERANDO: «Que la circunstancia de ese matrimonio canónico no haya sido inscrito, al parecer, en el Registro español, podrá originar una especial responsabilidad del contrayente y dificultar el pleno reconocimiento de sus efectos civiles en España, pero no ha de impedir que el matrimonio haya de ser reputado válido desde su celebración y subsistente hasta la muerte de uno de los cónyuges, o hasta que se dé alguna otra causa legal de nulidad o disolución.»

CONSIDERANDO: «Que el estado civil de un español se rige por la ley española (artículo 9.1. del Código civil), de modo que, según ésta, el pretendido contrayente sigue siendo casado y las nuevas nupcias aparecen impedidas por la existencia de un ligamen anterior (art. 83.5 del Código civil), sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión, ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico.»

CONSIDERANDO: «*Que conviene tener presente que si la promulgación de la Constitución española puede haber supuesto —como en efecto, lo ha hecho— un cambio en la concepción del orden público matrimonial (Resolución de 6 de abril de 1979), tal cambio no afecta en absoluto al caso consultado, puesto que no se trata de que la Ley extranjera normalmente competente deje de ser aplicada y sea sustituida por la española, por resultar aquélla abiertamente contraria a principios esenciales del Derecho patrio, sino que aquí, según nuestras normas de conflicto, la ley española se aplica directamente, y no por excepción, y la inglesa es incompetente para regular la relación jurídica en disputa.*»

Comentario

Esta Resolución alcanza una conclusión opuesta a la anteriormente citada de 6 de abril de 1979, aunque se intenta justificar que ambos supuestos son diferentes. Mayor contraste se aprecia, si cabe, por respecto a la Resolución de 15 de febrero de 1980 (que adjuntamos a la R. 1 de este Repertorio), que no considera como impedimento para contraer matrimonio la ordenación «in sacris», establecido en el artículo 83.4 (es decir en el mismo artículo que el impedimento de ligamen), por virtud de la aplicación directa de los artículos 16 y 32 de la Constitución.

En definitiva, la tesis de la Resolución, que incurre en contradicciones en sus considerandos 3.º y 4.º, consiste en negar que la Constitución pueda ser de directa aplicación en lo dispuesto en el artículo 32 de modo y manera que no sea operativo el impedimento de ligamen anterior por reconocer efectos a la sentencia de divorcio inglesa. La única diferencia que se aprecia por su comparación con el Auto de 24 de octubre de 1979 se refiere a que en aquel caso se trataba de un matrimonio civil, mientras que en este caso el divorcio se refería a un matrimonio canónico, pero aun así, los artículos 14 y 16 de la Constitución interpretados conjuntamente con el artículo 32 no permiten discriminación alguna.