

EL EFECTO ESTIMATORIO DE UN RECURSO DE AMPARO DESESTIMADO. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS

(Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional número 77 de 20 de diciembre de 1982)

ANTONIO EMBID IRUJO

SUMARIO: I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS RECURSOS DE AMPARO Y SU VALOR OBJETIVO.—II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1982.—III. EL AMPARO Y EL PRESUPUESTO DE LA VIOLACIÓN POR UN PODER PÚBLICO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.—IV. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS Y LA POSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. EN PARTICULAR LA ADMINISTRACIÓN.

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS RECURSOS DE AMPARO Y SU VALOR OBJETIVO

Sirvan las primeras líneas para resaltar algo que deduce sin esfuerzo el lector de las sucesivas entregas de jurisprudencia constitucional que aparecen en los suplementos del *BOE* o en las revistas especializadas: el valor importante, capital, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional producida por medio de los recursos de amparo. A priori podría tenerse el sentimiento de minusvalorar esta jurisprudencia frente a la recaída en los procedimientos de inconstitucionalidad o de conflicto constitucional. Parece, en efecto, que éstos deberían dar lugar a decisiones de superior transcendencia objetiva, que el recurso de amparo, en última instancia, debería limitarse a la afirmación —o negación— de un derecho del particular frente a un poder público. Podría pensarse, así, que esa limitación de la transcendencia del fallo otorgaría a esta jurisprudencia una posición inferior frente a procedimientos que podrían terminar en una depuración del ordenamiento jurídico, en la anulación de leyes, en la declaración de competencias. Sin embargo las cosas no han sido exactamente así. No se puede hablar de una gradación jerárquica en la importancia de la jurisprudencia. Por el contrario, contamos hoy con pronunciamientos muy importantes en recursos de amparo que han llevado

a cabo auténticas interpretaciones constitucionales, que han establecido doctrina sobre los rudimentos básicos de nuestro sistema político. Qué pensar, si no, de sentencias como la de 16 de marzo de 1981 en la que se investiga la proclamación por nuestra Constitución de la cláusula del Estado social de Derecho y sus posibles consecuencias (1), o la de 31 de marzo de 1982 relativa a la libertad de expresión por televisión, o la de 18 de diciembre de 1981 donde se admite la posibilidad de formular en el recurso de amparo la pretensión de nulidad de leyes inconstitucionales (2), por expresar, solamente, unos ejemplos sintomáticos de una realidad (3). Jurisprudencia muy importante, producida, además, en una vía como la de amparo que muy bien podía haber sido sustraída a la competencia del Tribunal Constitucional (4) y que, desde luego, fue mirada con suspicacia (5). Sin duda los resultados producidos con la misma habrán hecho olvidar los posibles reproches formulados en su día y en este olvido la competencia técnica, la precisión, el sentido jurídico de los Magistrados del Tribunal Constitucional habrán tenido una buena parte de mérito.

El propio Tribunal Constitucional fue bien consciente desde el mismo inicio de su actividad de la trascendencia del procedimiento de amparo que, para él, no sólo servía para la defensa del derecho violentado del particular, sino para la «defensa objetiva de la Constitución». Digámoslo con las palabras del propio Tribunal en la sentencia de 26 de febrero de 1981:

«La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han

(1) Se niega en la sentencia la posibilidad de deducir una directa pretensión de subvención de los poderes públicos de esta cláusula. Véase un comentario de la misma en mi libro *Las libertades en la enseñanza*, ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 247 y siguientes.

(2) Véase el amplio comentario de I. BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *RAP*, 98, pp. 167 y siguientes.

(3) Otras muchas sentencias podrían citarse. Por ejemplo, en el ámbito del derecho sancionatorio son muy importantes las de 30 de enero y 8 de junio de 1981 que estudia E. GARCÍA DE ENTERRÍA en un trabajo ahora recogido en las pp. 243 y ss. de *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1981.

(4) No está precisamente la necesidad del recurso de amparo en el origen ideológico que sirve de base al nacimiento de los Tribunales constitucionales, aun cuando en nuestro país, en las dos ocasiones en que hemos tenido jurisdicción constitucional, se haya atribuido al más alto Tribunal esta competencia de amparo. Cfr. el fundamental trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: Posibilidades y perspectivas», ahora en pp. 121 y ss. de *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, que me exime de más referencias.

(5) Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 277-278. En lo relativo a amparo a los Tribunales, véase F. PERA VERDAGUER: «Violación de derechos y libertades por órganos judiciales», pp. 2099 y ss. de *El Tribunal Constitucional*, vol. III., ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pero las referencias podrían ser mucho más amplias.

resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el artículo 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (artículo 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos. En este punto es suficiente, en lo que ahora importa, el recordar lo que dicen los artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución española» (6).

Valor de una jurisprudencia constitucional que ha cooperado de forma básica al inicio de la elaboración de una teoría de los derechos fundamentales que, en nuestro país, aún está por hacer (7). La sentencia que aquí se va a comentar, la número 77, de 20 de diciembre de 1982, recaída en recurso de amparo 224/1981 (*BOE* de 15 de enero de 1983), ponente MANUEL DIEZ DE VELASCO, es otra buena muestra de la importancia del procedimiento de amparo en la línea de consecución de esta teoría de los derechos fundamentales, de la interpretación constitucional de todo el ordenamiento. Esta sentencia, dentro de su aparente simplicidad, plantea una serie de cuestiones básicas acerca del modo de ejercicio de los derechos y libertades públicas, de la posición de la Administración y del resto de los poderes públicos ante ellas, del efecto derogatorio de la Constitución sobre el derecho anterior que se le oponga, cuestiones fundamentales que merecen un comentario. Mención especial habrá que dedicar al hecho paradójico —y de ahí el título de estas líneas— de que un recurso de amparo desestimado configure, definitivamente y frente a todos, el derecho fundamental del recurrente.

(6) Es ésta una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional, recaída en recurso de amparo 65 de 1980, y fue su ponente JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA. (Verla en suplemento al *BOE* de 24 de febrero de 1981).

(7) No pretendo decir que la teoría de los derechos fundamentales surja sólo de la jurisprudencia de amparo. Puede deducirse, también, de la recaída en otros procedimientos, como el de inconstitucionalidad, de la que es una buena muestra la sentencia de 8 de abril de 1981, comentada por L. PAREJO ALFONSO en esta revista bajo el título «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional: A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *REDC*, 3, 1981, pp. 169 y ss. El trabajo de L. AGUIAR: *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*, presentado al Congreso de la Asociación de Ciencia Política celebrado en Zaragoza en marzo de 1983, es una prueba de la incidencia de la acción del Tribunal en la creación de esta teoría.

II. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1982

Narremos, en primer lugar, brevemente los hechos que sirven de supuesto a la sentencia según se deducen de los antecedentes transcritos en la misma.

Los hechos comienzan con la denuncia practicada por el Presidente de la Federación de Asociaciones de la Prensa el 30 de mayo de 1980 ante la Secretaría de Estado para la Información, en la que se hacía constar que algunas publicaciones, *Diario 16* entre ellas, aparecían y se vendían los lunes por la mañana. Según el denunciante, tal hecho contradecía el derecho en vigor según el cual había un monopolio para las *Hojas del Lunes* editadas por dichas Asociaciones. Como consecuencia de la denuncia se incoó expediente sancionador a «Información y Prensa, S. A.», editora del referido diario, pero más tarde, el 4 de diciembre de 1980, se acordó sobreseer el expediente como consecuencia de las alegaciones presentadas por la empresa. En el interin, la misma empresa había presentado ante la referida Secretaría de Estado una solicitud de que se declarara su derecho a la edición, difusión y puesta a la venta libremente de sus publicaciones sin ninguna restricción, incluyendo, por tanto, la edición, difusión y venta los lunes por la mañana. Ello llevaría consigo, según la solicitud, la declaración de nulidad del artículo 3.º de la Orden de 2 de marzo de 1968 y del artículo 8, a), del Decreto 743/1966, de 31 de marzo, en los que se basaría la actitud limitativa (8).

No hubo respuesta por parte de la Administración y, por ello y en aplicación del silencio administrativo negativo y del plazo de veinte días prescrito en el artículo 8, 1, de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (9), se interpuso recurso conten-

(8) El artículo 3.º de la Orden de 2 de marzo de 1968 indica lo siguiente: «Serán publicaciones periódicas diarias vespertinas las que aparezcan bajo un mismo título una o más veces al día durante todos los de la semana a excepción de los domingos. La aparición de las distintas ediciones de estas publicaciones no podrá realizarse antes de las catorce horas de cada día ni después de las dos horas del día siguiente». Más bien la declaración de nulidad debe referirse al artículo 2.º (publicaciones matutinas, donde se excluye las aparecidas los lunes), artículos 6.º y 11, entre otros, de esta Orden. Por su parte, el artículo 8, a), del Decreto de 1966 indica que son publicaciones diarias: «las que aparecen bajo un mismo título una o más veces al día durante todos los de la semana, a excepción de los domingos para las publicaciones de tarde, y de los lunes, para las de mañana; se entenderá, en todo caso, a efectos de lo dispuesto en la Ley de Prensa e Imprenta, por publicaciones diarias: las que aparezcan regularmente más de tres veces por semana. Asimismo, y a efectos de lo dispuesto en la citada Ley y sus disposiciones reglamentarias, tendrán la consideración de publicaciones diarias las llamadas Hojas Oficiales de los Lunes, editadas por las Asociaciones de la Prensa.»

(9) Transcribo el precepto citado: «El recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado, si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora.» Sobre esta Ley me remito al trabajo de J. SALAS y J. TORNOS: «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona», en *RAP* 93, 1980, pá-

cioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta falló por sentencia de 6 de mayo de 1981 desestimando el recurso, haciendo constar, singularmente, la falta de obligación de la Administración de resolver tal petición por no entrar dentro de su competencia. Pronunciamiento parecido se encontró en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1981, ante quien se recurrió en apelación. Contra esta sentencia se interpuso el recurso de amparo que la presente sentencia del Tribunal Constitucional resuelve, confirmando los pronunciamientos judiciales anteriores.

La sentencia que aquí comentamos, pues, tiene como supuesto fáctico un tema muy directamente relacionado con la libertad de expresión, en este caso por medio de la Prensa, libertad que, por cierto, ha sido tratada por el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, tanto en procedimientos de amparo (10) como en recursos de inconstitucionalidad (11). Este variado tratamiento por el Tribunal se debe, entre otras causas, a la inexistencia de una legislación ordinaria posconstitucional que derogue expresamente los presupuestos de la vieja Ley de Prensa (12). Como veremos, en este caso es también la inadecuación del derecho anterior a la Constitución quien está en el fondo de la cuestión.

ginas 29 y ss. Sobre la extensión de los principios de la misma al procedimiento contencioso-administrativo común, véase el reciente de A. CANO MATA: «La Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria», en *RAP* 98, 1982, pp. 47 y siguientes.

(10) Recuerdo ahora la sentencia de 16 de marzo de 1981 sobre los Medios de Comunicación Social del Estado citada *supra* en el texto. También puede recordarse la de 1 de junio de 1982 (*BOE* del 28), ponente ANTONIO TRUYOL SERRA, sobre retirada de la acreditación de un periodista para asistir al juicio del 23-F. La sentencia de 31 de marzo de 1982, sobre libertad de emisión de televisión, también citada *supra*, y la de 20 de diciembre de 1982 (*BOE* de 15 de enero de 1983), ponente JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, sobre libertad de expresión por medio de la Radio. Igual, la de 15 de octubre de 1982 (*BOE* de 17 de noviembre), ponente RAFAEL GÓMEZ-FERRER, donde se plantea la moral como límite de la libertad de expresión. Sería interesante recordar aquí también la importante jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre el derecho de información, íntimamente unido a la libertad de expresión, y sobre él mi trabajo «El síndrome tóxico y los derechos a la información y rectificación de noticias», en *REDA* 37, 1983.

(11) Véase por ejemplo la sentencia de 23 de diciembre de 1982 (*BOE* del 23), ponente RAFAEL GÓMEZ-FERRER, que rechaza la alegación de inconstitucionalidad contra la Ley de 13 de abril de 1982 de supresión del organismo autónomo Medios de Comunicación Social del Estado. Sobre esta última, véase el trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN: «La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978», *REDA* 34, 1982, pp. 411 y ss. especialmente.

(12) Véase sobre el tema el trabajo de LÓPEZ RAMÓN citado en nota anterior, pp. 397 y siguientes.

III. EL AMPARO Y EL PRESUPUESTO DE LA VIOLACIÓN POR UN PODER PÚBLICO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.

La pregunta básica que se plantea el Tribunal Constitucional es la de si el derecho a la libre expresión, a comunicar información, que se contiene en el artículo 20.1, números *a)*, y *b)* de la Constitución lleva consigo «el derecho a obtener, por parte de la Administración y eventualmente de los Tribunales, el reconocimiento expreso de tal derecho fundamental sin que previamente se haya producido por la propia Administración una violación del mismo» (del fundamento jurídico primero de la sentencia). La conclusión va a ser negativa: si no ha habido tal violación por parte de la Administración no hay ninguna obligación por su parte, ni por la del Tribunal Constitucional, de llevar a cabo una declaración que confirme el derecho fundamental que el recurrente solicita. Se desestima, por tanto, el recurso de amparo presentado.

Sin embargo, y paradójicamente, el Tribunal Constitucional va a afirmar, en varias ocasiones y a lo largo de su razonamiento plasmado en los fundamentos jurídicos, el derecho del recurrente a editar, difundir y vender los lunes por la mañana su publicación. A continuar editando, difundiendo y vendiendo, habría que precisar, porque la empresa está llevando ya a cabo dicha actuación aunque, como se opina en el recurso, en precarias condiciones jurídicas, considerando que su derecho está negado presuntamente por la Administración, que no ha resuelto la petición presentada para que se declarara expresamente su derecho. Aunque en el fallo de la sentencia no se contiene ese pronunciamiento, repito, sí que aparece en el razonamiento y con frases del siguiente tenor:

«Frente a la postura del recurrente es preciso afirmar que se trata de ejercitar parte del contenido del derecho fundamental del artículo 20, número 1, *a)* y *d)*, de la CE, y que no tiene por qué ser generalmente reconocido expresa y formalmente por la Administración, ya que el mismo nace directamente de la Constitución española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo. Y ello porque, tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos» (del fundamento jurídico primero).

Un poco más adelante se precisará:

«La sociedad recurrente ha hecho de este tema una cuestión capital de su pretensión tanto ante la Administración como ante la jurisdicción contenciosa y, finalmente, ante este Tribunal Constitucional, pero con independencia de tal declaración formal y de cualquier consideración por nuestra parte acerca de la validez o invalidez de tales normas con anterioridad a la Constitución española, *es lo cierto que desde la perspectiva constitucional, única que ahora interesa, cabe entender en todo caso que las limitaciones establecidas por las disposiciones reglamentarias aludidas han quedado derogadas por la CE de acuerdo con su disposición derogatoria tercera al ser incompatibles con la misma*» (del fundamento jurídico segundo).

De los párrafos transcritos resalta, indudablemente, la concepción que el Tribunal Constitucional tiene sobre el fondo del tema que se le somete a examen: del derecho fundamental a la libertad de expresión deriva la posibilidad del particular de editar, difundir y vender una publicación los lunes por la mañana, y ello no tiene por qué ser reconocido expresamente por la Administración porque se deduce directamente de la Constitución que, a su vez, ha derogado el derecho anterior limitativo. Como la Administración, por su parte, no ha llevado a cabo un acto que afecte a los derechos del particular ni tampoco lo han hecho los tribunales, el Tribunal Constitucional —se concluye— no puede llevar a cabo una declaración expresa del derecho pedido. Veamos las palabras finales del Tribunal:

«Como es obvio, tal ausencia de declaración por parte del Tribunal Constitucional no lleva como consecuencia ni la negación del derecho que dice tener la demandante ni la afirmación de que las normas reglamentarias señaladas estén vigentes y no sean contrarias a la Constitución. Simplemente que este Tribunal Constitucional no tiene por qué hacer en este caso tales declaraciones y ello porque, insistimos, ni ha habido violación por parte de la Administración ni de los Tribunales contenciosos del derecho que se pretende sea reconocido, ni aplicación efectiva de las referidas normas reglamentarias.»

La doctrina sentada por el Tribunal se basa en la incongruencia con la configuración del recurso de amparo, que exige una actuación concreta de

los poderes públicos (13). En este tema el ordenamiento jurídico parte de una posición contraria a los presupuestos de la teoría de la responsabilidad administrativa en la que también una omisión de actuación puede servir de base a la reclamación del particular con tal de que existan los restantes elementos de la responsabilidad y entre ellos, naturalmente, el daño efectivo (art. 40-2 LRJ). Singularidad, por tanto, de la protección de los derechos fundamentales en donde no hay lugar, siquiera, a plantear la declaración de un derecho en caso de omisión de actuación administrativa. Singularidad, también, que no es sólo característica del derecho interno sino que está presente en los planteamientos internacionales, siendo una buena muestra la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 en la que el Tribunal, al faltar la actuación del poder público concreta reprochada —la tortura que no pasó de ser una amenaza—, tiene que acudir a otro derecho, el derecho a la educación, para estimar la pretensión de los recurrentes, imposible de lograr por esa omisión notada por el primer camino (14).

Pero aun a falta de declaración expresa del Tribunal Constitucional, hay que notar cómo ella se produce a lo largo de todo el razonamiento jurídico, como hemos tenido ocasión de comprobar. Una declaración que no tiene la naturaleza de un mero *obiter dictum*, sino que se trata de un pronunciamiento de fondo del Tribunal acerca del derecho reglamentario anterior, al que considera derogado por la Constitución. La consecuencia es obvia: la parte recurrente, que no había logrado un pronunciamiento expreso de su derecho ni por la Administración, ni por la Audiencia Nacional ni por el Tribunal Supremo, logra que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, afirme la derogación efectiva, de hecho, del ordenamiento anterior que podría limitar su posición jurídica. Un ordenamiento anterior, además, constituido por normas reglamentarias, no legales, lo que permite que el asunto termine en la Sala sin que haya lugar, siquiera, a que se piense que en caso de estimación del recurso podría haberse aplicado el artículo 55-2 de la LOTC a efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley por el Pleno (15).

(13) Incongruencia que se deduce del tenor literal del artículo 41.2 LOTC: «El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.»

(14) Sobre esta sentencia véase mi trabajo «Derecho a la educación y derecho educativo paterno (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982)», en *REDC*, 7, 1983.

(15) Recuerdo el texto del precepto: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia,

Al margen de este tema adjetivo, insistamos en cómo el particular logra que se haga una interpretación del artículo 20.1, números *a*) y *d*), de la Constitución según la cual la actividad que viene ejercitando es plenamente legítima, ajustada a la Constitución. Si los planteamientos procesales han evitado una estimación de su recurso, los argumentos utilizados para esa conclusión lo afirman previamente. Sin ninguna duda el objetivo del recurso se ha cumplido y el particular ve afirmado su derecho. Por otro lado y desde un planteamiento general, se ha logrado una aclaración expresa del derecho vigente juzgándose algunos preceptos contrarios a la Constitución. Hay, por tanto, un efecto *erga omnes* (16) de la sentencia del Tribunal Constitucional que no debe despreciarse y que resalta el elemento objetivo de las libertades públicas frente a su mera consideración como derechos subjetivos públicos. No es, por tanto, ni mucho menos una sentencia intrascendente la que aquí se comenta.

IV. EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS Y LA POSICIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS. EN PARTICULAR LA ADMINISTRACIÓN

No se agota con las anteriores palabras el posible comentario a esta sentencia sino que restan por hacer otro tipo de consideraciones acerca de la problemática planteada, de la posible generalización de esta doctrina o de su interpretación restrictiva. El derecho español de las libertades públicas, que va naciendo trabajosamente a golpe de ley, sentencia, comentario doctrinal,

con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y ss. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes.» Sobre este texto me remito al trabajo citado en nota (2).

(16) Quizás parezca excesivo hablar de un efecto *erga omnes* en el caso de un recurso de amparo que, además, es desestimado. Las sentencias de amparo serían el típico ejemplo de sentencias con efecto sólo *inter partes*. Cfr. F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 1718. Habría, de esta forma, un pleno respeto al artículo 164.1. al final, de la Constitución: «Las (sentencias) que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.» No parece, por tanto, que entrarán en este supuesto las sentencias de amparo. Cfr. R. BOCANEGRA SIERRA: *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, ed. IEAL, Madrid, 1982, pp. 89 y ss. sobre esta cuestión. Pero, a veces, la contemplación de un caso concreto tiene que inducir a matizar afirmaciones indudables generales, porque lo que el Tribunal Constitucional ha hecho en esta sentencia es considerar incompatibles con la Constitución, y por tanto derogados por ella, una serie de preceptos reglamentarios anteriores, y aunque la afirmación se contenga en los fundamentos jurídicos y no en el fallo, no se rebaja por ello la naturaleza de la interpretación jurisdiccional. Una declaración de derogación que, obviamente, no vale sólo para el recurrente que ve su recurso de amparo desestimado, sino para todos. Una actitud posterior a esta sentencia de la Administración, que desconociera su declaración de derogación, no sería solamente una violación de la Constitución, sino un olvido consciente de la interpretación del Tribunal Constitucional.

necesita de un planteamiento reflexivo que prevea soluciones a problemas análogos o que deduzca consecuencias de las premisas que hasta ahora se dan por válidas.

En este sentido resalta la consideración que para el Tribunal Constitucional tendría la posición del ciudadano y Administración ante las libertades públicas y derechos fundamentales proclamados por la Constitución. El particular, en primer lugar, que pretendiera ejercitar un derecho fundamental que en alguna de sus posibles modalidades estuviera prohibido por legislación anterior a la Constitución, tendría que realizar por sí mismo un juicio acerca de si la Constitución ha derogado las prescripciones limitativas anteriores. Un juicio interpretativo mediante el que llegaría a conclusiones propias cuyo ejercicio tendría que llevar a cabo asumiendo, también individualmente, sus propias responsabilidades. Unas propias conclusiones que, posteriormente, podrían confrontarse ante las instancias apropiadas —al final el Tribunal Constitucional—, momento sólo en el que podría comprobarse el error o acierto del particular en su proceso interpretativo. No es escasa, por tanto, la carga que se arroja sobre los hombros del simple ciudadano. Una carga que puede tener, además, consecuencias gravosas. Piénsese, en el presente supuesto, en las necesarias inversiones en equipo y contratación de personal que exige la publicación de un diario todos los días de la semana. ¿Es posible dejar al ciudadano a su «riesgo y ventura» en esta empresa económica y defender la falta de obligación de la Administración de responder a una solicitud tan simple como la planteada? El tema es, cuando menos, discutible. Porque, además, en este supuesto puede ser muy sencilla la interpretación del precepto constitucional, la falta absoluta de coherencia con el mismo de una legislación que consagraba el monopolio de las *Hojas del Lunes* en ese día de la semana. Pero esta facilidad no es generalizable y la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional muestra ejemplos de posibilidad de soluciones alternativas en cuestiones de mero procedimiento pero que determinan el fondo del derecho.

Una muestra de lo que acabo de decir está constituida por otra sentencia del Tribunal Constitucional recaída en recurso de amparo 193/1981. Se trata de la sentencia 38/1982, de 16 de junio (*BOE* de 16 de julio), ponente ANGEL ESCUDERO DEL CORRAL. Se trata de un ejercicio del derecho de manifestación en que todos los implicados dan por hecho que la Constitución ha derogado la exigencia anterior de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, sobre autorización previa. Bastaría, por aplicación del artículo 21 de la Constitución, con una mera comunicación. Pero, ¿qué decir del plazo en el que esta comunicación debe hacerse? ¿Debe entenderse también derogado el de los diez días prescritos anteriormente para solicitar la autorización y aplicarse, entonces, sólo el de los tres días que se marcaba para las comunicaciones sobre reuniones públicas en lugar cerrado? ¿O debe mantenerse el de los diez días puesto que la Constitución sólo se refiere a la no necesidad de autorización previa? La cuestión, como se comprenderá, es opinable y el argumento de la analogía

podría aducirse para concluir en la necesidad de reducción del plazo. ¿Qué debe hacer el particular ante esta disyuntiva? El organizador de la manifestación llevó a cabo la comunicación con cuatro días de antelación y el Gobierno Civil prohibió específicamente la misma por no haberse respetado el plazo. La sentencia del Tribunal Constitucional —dictada tras el previo y necesario pronunciamiento de la Audiencia Territorial— confirmó la interpretación del Gobernador Civil manteniendo la necesidad del plazo de diez días para la comunicación de la manifestación (17). La «responsabilidad de juicio» [*Beurteilungsrisko* en la terminología alemana, que utiliza la expresión para supuestos en los que el particular debe de juzgar, sin pronunciamiento previo de la Administración o de los Tribunales, sobre la fidelidad a la Constitución de un partido político o de una asociación (18)] le ha jugado en este caso una mala pasada impidiendo el ejercicio de un derecho constitucional que podría haberse llevado a cabo —de no mediar otras causas prohibitivas— simplemente con la presentación con unos días más de antelación de la comunicación. Una cuestión de procedimiento determina el ejercicio de un derecho fundamental y el hecho, cuando está en el fondo una legislación preconstitucional dudosa en muchos de sus preceptos, no es ni mucho menos despreciable.

Nada de lo dicho hasta ahora significa un reproche claro a la doctrina del Tribunal Constitucional. No pretendo otra cosa que comentar sus posibles consecuencias en la vía de profundizar en el significado y régimen jurídico de las libertades públicas. Podrá decirse que mis palabras no son más que la constatación de una realidad jurídica transitoria: la de la posible oposición entre la Constitución y un derecho anterior no derogado expresamente por una normativa específica posconstitucional que desarrolle la Constitución (19). Podrá contestárseme que estas consecuencias no son más que el lento, y lamentado, ajuste del ordenamiento jurídico, pero que las cosas deben ser así y que nadie, Administración ni Tribunales, pueda mediar en unas situaciones en las que no se produce específicamente la violación de

(17) Sobre esta sentencia, enmarcada en la problemática planteada por el derecho de reunión, puede verse mi trabajo «La protección del derecho de reunión», en *RAP* 100, 1983.

(18) Existe una bibliografía impresionante sobre el tema planteado en el texto que hace relación, además, a los mismos fundamentos del sistema político alemán. Sobre el tema estoy llevando a cabo una investigación que espero dar pronto a conocer. Mientras tanto me remito como buen resumen de la situación a los informes de DENNINGER y KLEIN titulados «Verfassungstreue und Schutz der Verfassung», en *VVDStRL* 37, 1979.

(19) De forma general, y sobre el valor de la Constitución como norma derogatoria del derecho anterior, véase el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», ahora recopilado, por donde cito, en el libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1981, sobre derechos fundamentales, pp. 72 y ss. Resaltando las dificultades de la aplicación de la cláusula derogatoria en materia de prensa, aunque sin referencias a este supuesto específico de las *Hojas del Lunes*, vid. el trabajo de F. LÓPEZ RAMÓN: *La evolución del régimen jurídico*, pp. 383 y ss.

derechos fundamentales, donde no hay acto que recurrir ni pretensión justificable que satisfacer, quizás sea una conclusión demasiado rígida.

Porque, en realidad y respondiendo al segundo grupo de cuestiones que planteaba, el fundamento último de esta doctrina estriba en una determinada concepción sobre el papel de la Administración en relación a las libertades públicas. En la presente sentencia, y con arreglo a la más pura tradición, el Tribunal opina que la Administración no debería tener otra actitud que la de «no injerencia» o «mera abstención» (fundamento jurídico primero). La falta de actividad imposibilitaría la violación del derecho y, por tanto, faltaría el presupuesto básico para el ejercicio de la acción procesal y el pronunciamiento consiguiente del Tribunal (20). Se trata, en última instancia, de una concepción muy simple sobre los respectivos papeles de Administración y Tribunales en la que estos últimos aparecen como órgano remediate de las violaciones de derechos cometidas por la primera. Equivale, en el límite, a olvidarse del posible papel de la Administración como protectora del mismo ejercicio de las libertades públicas, creadora —como todo poder público— de las condiciones necesarias para que «la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», actuante para «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (del art. 9, párrafo 2.º, de la Constitución) (21). Normas todas ellas constitucionales, de directa influencia en el resto del ordenamiento y en su ejecución, pero normas, también, de muy distintos niveles, emitidas por la misma Administración y en las que ésta se autovincula a esta labor de protección del ejercicio de las libertades públicas. Recordemos, por citar dos ejemplos, los textos reguladores del estatuto de los Delegados del Gobierno y de los Gobernadores civiles en los que está muy presente esta actuación positiva de protección (22). Pues bien, ¿no hubiera sido parte de esta actitud creadora de libertad, eliminadora de obstáculos para la misma, la indicación al particular del derecho vigente en la materia, la misma derogación expresa por norma

(20) La posición de la Administración sobre las libertades públicas de que se habla en el texto no tiene nada que ver, por supuesto, con la actividad que podría desarrollar en el aspecto del control de su ejercicio. Como es bien sabido los sistemas jurídicos suelen estructurarse en base a la autorización previa, a la comunicación o al libre ejercicio con posibilidad de sanción represiva posterior. El nuestro es, hasta ahora, un sistema mixto en el que perviven fórmulas autorizatorias (control de apertura de centros docentes, por ejemplo), con declarativas (derecho de reunión). Sobre los planteamientos en otro país, como Francia, mucho más depurados en este tema, me remito a COLLIARD: *Libertés publiques*, Dalloz, 5.ª ed., París, 1975, p. 111, y a P. LIVET: «L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques», *LGDJ*, París, 1974, *in totum* y en resumen, pp. 294 a 300.

(21) Véanse las muy interesantes reflexiones de T. R. FERNÁNDEZ, en «Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos», *Revista de Derecho Político* de la UNED, 15, 1982, pp. 21 y ss., sobre la actitud de fomento y protección por los poderes públicos de las libertades y derechos fundamentales.

(22) Véase el artículo 8.º del Real Decreto 2238/1980, de 10 de octubre, para el Delegado del Gobierno, y el artículo 17.º a), del Real Decreto 3117/1980, de 22 de diciembre, para los Gobernadores civiles.

del mismo rango del Decreto y Orden ministerial preconstitucional citados? ¿No puede pensarse, por el contrario, que la mera actitud de silencio —con independencia de la clara consecuencia jurídica que lleva consigo el transcurso de un determinado plazo sin responder, según el artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo—, es un desconocimiento de esta obligación general que corresponde a la Administración, según el artículo 9.2 de la Constitución, como a todo poder público? Creo que, sin duda, hay elementos más que suficientes para llegar a una conclusión de este tenor, para considerar que en virtud de la petición del particular la Administración estaba obligada a dar una respuesta en ese sentido y no a optar por la callada. Ello por varios tipos de razones.

En primer lugar porque la solicitud del particular podría entenderse —aun sin hacer mención directa a ella— como un ejercicio de la acción de nulidad —creación jurisprudencial, no lo olvidemos (23)— basada en el artículo 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Según los antecedentes transcritos en la sentencia, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 6 de mayo de 1981, opinaba que éste hubiera sido uno de los medios para conseguir el pronunciamiento de la Administración o, en caso de que persistiera el silencio, el de los Tribunales. La ausencia de mención en la solicitud (24) a este precepto no puede impedir considerár, sin embargo, cuál era el objeto real de la misma: conseguir la declaración de un derecho fundamental de un particular al que podría oponerse una legislación a la que sí se hacía mención expresa. El antiformalismo latente en otros preceptos de la LPA podría haber ayudado a una conclusión como ésta (25).

Como también debería haber sido objeto de consideración el momento específico y especial que tiene el estado normativo del país en el que en muchos sectores del ordenamiento conviven normas de muy distintas épocas con los lógicos problemas de oposición que pueden originarse. Podría pensarse, por tanto, que al margen de la específica mención de preceptos habilitantes concretos —ejemplo, art. 109 LPA— la misma Constitución contiene para la Administración, y durante este período transitorio, la obligación de llegar a una aclaración en el ordenamiento dentro, naturalmente, de su orden de competencias. Es decir, hasta el límite donde se extendiera su poder reglamentario, no a partir de aquel punto en el que entrara a jugar la reserva de ley. Sería una obligación permanente, que se pondría concretamen-

(23) Cfr. T. R. FERNÁNDEZ, «La acción de nulidad en la jurisprudencia administrativa», *REDA* 4, 1975, pp. 96 y ss.

(24) Parece que se pedía, no obstante, expresamente la nulidad como se deduce de los antecedentes transcritos en la sentencia del Tribunal Constitucional. Véase *supra* punto II de este trabajo.

(25) Antiformalismo que es regla común, por otra parte, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como demuestra L. MARTÍN-RETORTILLO: «Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la justicia constitucional», pp. 39 y ss. de *Revista de Derecho Político* de la UNED, 16, 1982.

te en marcha en el momento de la petición de un particular que intenta saber la extensión de un presunto derecho fundamental. La Administración para una respuesta de este tipo se encuentra, evidentemente, mejor dotada que el particular puesto que al margen de sus medios personales cuenta con la posibilidad de acudir al Consejo de Estado para solicitar un dictamen acerca de la compatibilidad con la Constitución de la normativa preconstitucional anterior (26). Si la respuesta de éste no tiene la misma fuerza vinculante que la de una sentencia judicial sí que, sin embargo, apodera suficientemente cualquier actuación posterior de la Administración aclaradora del ordenamiento. Podría originarse, así, una especie de uso transitorio relativo al régimen de las libertades públicas y que se extendería en el tiempo hasta tanto no fueran todas ellas acomodándose en su normativa a la Constitución. Se cumpliría también, así, la realización de un valor eminentemente jurídico como es el de la seguridad jurídica y que el Tribunal Constitucional, en la sentencia que comentamos, también hace jugar:

«No cabe duda que desde el punto de vista de la seguridad jurídica y para alejar cualquier eventual aplicación de tales normas, lo mejor es que exista una declaración expresa por el órgano competente en tal sentido.»

Pero, a continuación, se matiza:

«... pero la inexistencia de dicha declaración no supone en absoluto el que hayan de considerarse necesariamente por alguien como válidas y vigentes» (del fundamento jurídico segundo).

La posibilidad, sin embargo, de que si se consideren vigentes y válidas en algún momento refuerza la posición aquí defendida. Los Tribunales Contencioso-administrativos y el mismo Tribunal Constitucional podrían, con sus pronunciamientos, construir este uso transitorio, esta obligación de la Administración de aclarar el ordenamiento en el sentido dicho. No habría que esperar otra cosa que buenos resultados de existir esta actitud creadora por parte de nuestros Tribunales.

(26) Véase el artículo 20-1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980: «El Consejo de Estado emitirá dictamen en cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros, o las Comunidades Autónomas a través de sus Presidentes.»