

COMENTARIS I NOTES



LA RELACIÓ ENTRE LLEI ORGÀNICA I COMPETÈNCIA PER REGULAR ELS DRETS FONAMENTALS. COMENTARI A LA STC 173/1998, DE 23 DE JULIOL

M. A. Cabellos Espiérrez

Departament de Dret Constitucional i Ciència Política
de la Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció.
2. L'objecte de la Sentència.
3. El problema de la relació entre l'art. 81.1 i els títols competencials relatius als drets.
4. El problema de la interpretació jurisprudencial de l'art. 149.1.1. En particular, la Sentència 61/1997.
5. La Sentència 173/1998, de 23 de juliol.
 - 5.1. Interpretació de l'art. 81.1.
 - 5.2. Interpretació de l'art. 149.1.1.
6. Anàlisi de les principals qüestions problemàtiques que planteja la Sentència.
7. Conclusions.
8. Bibliografia.

1. Introducció

La Sentència del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de juliol,¹ suposa la primera ocasió en què aquest té oportunitat d'aplicar amb detall la doctrina formulada a propòsit de la interpretació de l'art. 149.1.1 CE en la Sentència 61/1997, de 20 de març, tot intentant superar les dificultats que va produir en aquesta Sentència una certa pressa en la posada en pràctica dels postulats teòrics construïts per a la resolució dels problemes competencials plantejats. Al mateix temps, s'afegeix un element que no concorria a la Sentència del 1997: la necessitat d'establir la relació entre reserva de llei orgànica i títols competencials estatals i autonòmics projectats sobre drets afectats per aquella, ja que estava en qüestió la competència per a la regulació d'un d'ells (el dret d'associació), a diferència d'allò que succeïa a la 61/1997, construïda entorn del dret de propietat.

La Sentència 173/1998 és problemàtica en alguns aspectes, i al mateix temps obscura. Allò que s'hi omet és a vegades tan rellevant com allò que s'hi exposa, i es manifesten de manera especialment clara els efectes del procés de construcció complex d'una decisió jurisprudencial al si d'un òrgan col·legiat i la incidència que sobre la coherència del raonament intern pot tenir el conjunt d'addicions i sostraccions successives sobre el text inicial que exigeix la consecució d'un text final que aconsegueixi el consens mínim necessari dins de l'òrgan —consens que en aquesta

1. De la qual va ser ponent el magistrat Carles Viver i Pi-Sunyer.

Sentència no arriba a impedir la presència d'un vot particular, al qual s'adhereixen quatre magistrats més.

Per les raons indicades, que s'afegeixen a la complexitat del tema i a la dificultat d'interpretar preceptes d'un contingut tan obert i implicacions tan evidents per al desenvolupament competencial, algunes de les premisses que la Sentència accepta no es corresponen amb les conclusions que finalment se n'extreuen. Això ocorre, en particular, amb la qüestió relativa al valor i la funció de l'art. 81.1 i la seva relació amb els títols estatals (especialment els de l'art. 149.1.1), en què la premissa inicial avançada pel Tribunal (l'absència de valor competencial de l'art. 81.1) es matisa amb posterioritat d'una manera per moments críptica i desemboca en un resultat que, si s'ha d'atendre a allò que s'exposa al text de la Sentència, únic objecte possible de la interpretació, poc es compadeix de la premissa inicial, com per altra banda ha mostrat la doctrina que fins al moment s'ha dedicat a l'exegesi de la Sentència, en uns casos manifestant la seva preferència pel resultat al qual s'arriba² i en d'altres, per contra, criticant-lo.³

No obstant això, abans d'iniciar el comentari de les qüestions enunciades, pot resultar d'interès exposar breument l'objecte d'aquesta Sentència i efectuar un breu recorregut per com ha tractat fins ara el Tribunal els problemes als quals ens hem d'enfrontar.

2. L'objecte de la Sentència

Aquest pronunciament jurisprudencial resol el recurs d'inconstitucionalitat que va plantejar el president del Govern contra gairebé tots els preceptes de la Llei del Parlament Basc 3/1998, de 12 de febrer, d'associacions. S'hi manté que la Comunitat Autònoma va excedir el marc de la seva competència exclusiva *ex art. 10.13 EAPB* (en matèria d'«associacions de caràcter docent, cultural, artístic, benèfic, assistencial i similars») en dur a terme en la Llei un desplegament general del dret d'associació que vulnera, d'aquesta manera, la reserva de llei orgànica de l'art. 81.1, que l'advocat de l'Estat entén que ha d'interpretar-se conjuntament amb els art. 149.1.1 i 139.1 CE, que fonamentarien, juntament amb els articles 149.1.6 i 149.1.8, la competència estatal. Més enllà d'això, i quant a les associacions compreses en els tipus específics citats per l'art. 10.13, quedaria al legislador basc un marge d'actuació que, segons l'opinió de l'advocat de l'Estat, hauria de cenyir-se a:

«regular tipos concretos de asociaciones [...], a establecer potestades administrativas sobre ellas [...] y a regular aspectos materialmente conexos con la materia reservada a la ley orgánica. Pero nunca a la conformación misma del derecho, la delimitación de su núcleo a través de la definición de sus elementos esenciales, y todo aquello que sea materialmente básico para asegurar la igualdad [...]» (antecedents, 2.b).

2. Vegeu Lucas Murillo de la Cueva, E., *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos Civitas, Civitas/IVAP, Madrid, 1999, esp. pàg. 56-61.

3. Vegeu Pascual Medrano, A., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, sobre la Ley vasca de Asociaciones», a *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, volum I, pàg. 1845-1864, esp. pàg. 1860-1861. Vegeu, així mateix, De Pablo Contreras, P., «La legislación civil y la competencia autonómica en materia de asociaciones (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)», a *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, volum I, pàg. 1843, que assenyala la manca de coherència entre punt de partida i conclusió.

És per això que impugna una llarga sèrie d'articles de la Llei, als quals imputa el fet de tractar qüestions centrals del contingut del dret, a les quals no pot arribar la competència autonòmica,⁴ i que serien, en opinió de l'advocat de l'Estat, nuls.⁵

Com veiem, la base de la impugnació parteix de l'acumulació de títols competencials amb preceptes que no ho són i en què el paper de cada un resulta difícil de precisar. En canvi, l'advocat del Govern basc nega cap vulneració de la reserva de llei orgànica⁶ i refusa que aquesta atorgui a l'Estat cap competència. La clau es troba, segons el seu parer, en els títols competencials que enumera la Constitució (en aquest cas, l'art. 149.1.1) al costat dels corresponents de l'Estatut. A partir d'una interpretació d'aquell que sembla considerar-lo, d'una banda, atributiu a l'Estat solament de la part bàsica del desenvolupament directe i, de l'altra, límit a tota normativa autonòmica que s'aparti de manera sense fonament de l'estatal,⁷ conclou la inexistència d'una competència estatal sobre associacions (antecedents 5.c.2) i afirma la competència autonòmica per al desplegament legislatiu del dret d'associació amb l'única subjecció a les condicions bàsiques de l'art. 149.1.1.⁸ A aquest plantejament, que certament en alguns punts s'adiu poc al tenor literal de l'art. 10.13 EAPB, també es pot reconduir *grosso modo* l'essencial de les al·legacions de l'advocat del Parlament basc.

El Tribunal, per tant, ha d'enfrontar-se amb la (in)adequació a la Constitució dels preceptes impugnats. I, per això, ha de definir prèviament l'abast i l'aplicabilitat en aquest litigi dels art. 81.1 i 149.1.1, i la relació que calgui establir entre ells. Per aquest motiu, abans d'entrar en l'anàlisi de com resoldre aquesta disjuntiva doble, potser caldria reflectir breument com ho ha tractat en el passat, amb la finalitat de poder comprovar posteriorment fins a quin punt completa, matisa o, si és el cas, s'aparta en aquesta Sentència dels seus pronunciaments anteriors.

4. Passa així amb l'art. 2, que enumera un seguit de principis generals (llibertat i voluntarietat en la constitució d'associacions; constitució d'aquestes en relació amb el pluralisme i els principis democràtics; llibertat negativa d'associació; prohibició de discriminació per part dels poders públics per raó de la condició de membre; organització i funcionament democràtics) relatiu a la constitució de l'associació, el seu funcionament i organització, la condició de membre i la llibertat de ser-ho o deixar de ser-ho. El representant citat també creu que incorren en el mateix vici l'art. 4 (normativa aplicable a les associacions incloses en l'àmbit de la Llei), el 5 (requisits per a la constitució, nombre mínim de persones, capacitar dels membres, acord associatiu i estatuts, etc.), els art. 6 i 7 (estatuts: definició i contingut), 8 i 9 (inscripció registral i efectes), 11 (responsabilitat per no-inscripció), 12 (organització i funcionament interns), 13 i 14 (drets i deures del soci), 18 (modificació d'estatuts), 19 (extinció), 20 (separació voluntària del soci) i 23 (unions i federacions d'associacions).

5. I no serien els únics: també s'impugnen els art. 12.3.3, 13.4.1 *in fine* i 21 per possible vulneració de la competència estatal continguda en l'art. 149.1.6 CE, qüestió que no es tractarà en aquestes pàgines.

6. Segons el seu parer, ni tots els drets necessiten desenvolupament en la llei orgànica ni, és clar, aquesta es pot interpretar en el seu abast d'altra manera que no sigui restrictivament.

7. Interpretació, d'altra banda, summament problemàtica, que constitueix un reflex d'una línia jurisprudencial iniciada per la STC 87/1985, que interpretava les possibilitats normatives autonòmiques enfront de l'art. 149.1.1 des del punt de vista de la raonabilitat de les diferències introduïdes per les normes autonòmiques respecte a les estatals i el fet de no apartar-se'n arbitràriament.

8. Reconeix, d'altra banda, que, en absència de llei orgànica prèvia, el legislador autonòmic s'ha vist obligat, per raons de compleció i coherència, a incorporar prescripcions provinents de normes estatals diverses, per estimar que aquesta circumstància, en contravenir la Constitució, i mentre una llei orgànica posterior no desplaça aquestes disposicions, es traduiria, en última instància, en una mera «inconstitucionalitat formal», que no mereix l'anul·lació perquè està justificada per la garantia de la seguretat jurídica (art. 5).

3. El problema de la relació entre l'art. 81.1 i els títols competencials relatius a drets

La reserva a la llei orgànica del desenvolupament dels drets fonamentals i les llibertats públiques va plantejar, ja en la Sentència 5/1981, de 13 de febrer, la incògnita de la seva relació amb els títols competencials estatals i autonòmics. Des d'aquesta, com veurem, el Tribunal ha canviat el seu punt de vista, però, en qualsevol moment, en el fons pot detectar-se un element comú: mai no ha arribat a negar la possible consideració de l'art. 81.1 com a font de competències per a l'Estat. Afirmada en la Sentència 5/1981, dràsticament retallada en la 137/1986, però de fet encara acceptada, i novament afirmada en la Sentència que analitzem, per molt que es parteixi del contrari, el cert és que aquesta faceta competencial de l'art. 81.1 ha acompanyat d'una manera o altra tota la jurisprudència constitucional sobre el tema.

A la primera de les sentències citades el Tribunal va establir aquesta relació en termes que van trobar resposta crítica en la doctrina, més inclinada cap a les tesis del vot particular que van formular-hi els magistrats Rubio i Arozamena. En la Sentència, els art. 81.1, 149.1.1 i 149.1.30 eren utilitzats en termes d'igualtat per determinar la zona en què les comunitats autònomes no podrien, en matèria d'educació, dictar normes.⁹ Aquest ús conjunt, qualificat per Chofre Sirvent d'error conceptual,¹⁰ permetia, amb paraules del mateix autor, «afirmar o negar simultàneament el caràcter orgànic de un precepto, y la competencia exclusiva del Estado en relación con el mismo».¹¹ Aquest punt de partida porta, com apunten els firmants del vot, al fet que, en ser «las normas que se refieren al desarrollo de un derecho [...] un género del que forman parte “las que establecen las condiciones básicas para su ejercicio” y “las normas básicas para su desarrollo”», això «conduce inevitablemente a una ampliación de ese ámbito mucho más allá de lo querido por la Constitución, y [...] a una reducción constitucionalmente insostenible del campo dentro del que pueden adquirir las comunidades autónomas competencias propias». Per al vot, en definitiva, l'àmbit del desenvolupament de la llei orgànica en matèria educativa no s'estendria més enllà del dels art. 149.1.1 i 149.1.30, que definirien així l'abast del desenvolupament al·ludit per l'art. 81.1, de manera que s'evitaria així que aquest adquirís un caràcter obertament competencial.

9. O, en termes negatius i com indiquen els firmants del vot, «La premisa que sirve de base a todo el razonamiento es la de que en el campo educativo son materias conexas, y no pertenecientes, por tanto, al ámbito reservado a la ley orgánica, sólo aquellas que no se refieren al desarrollo de algún derecho fundamental, o a las condiciones básicas para su ejercicio, o a las normas básicas dictadas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución». Solament sobre aquestes matèries connexes podrien dictar normes les comunitats autònomes competents.

10. Chofre Sirvent, J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, pàg. 149. D'«error lògic» parla el vot particular. D'altra banda, Pemán Gavín qualifica d'«insostenible», a la vista de la mateixa jurisprudència constitucional posterior, aquesta interpretació del Tribunal Constitucional. Vegeu *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, pàg. 215.

11. Alhora, per a Pemán, la tesi del Tribunal implica atribuir, a determinades previsions de l'art. 149.1, rellevància per decidir l'àmbit material de la llei orgànica i —inversament— a l'art. 81.1 rellevància en l'àmbit de la distribució competencial. Vegeu Pemán Gavín, J., «Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes», a S. Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, 1, Civitas, Madrid, 1991, pàg. 163.

Per la seva banda, la Sentència 137/1986, de 6 de novembre, va tractar el tema d'una manera una mica més pròxima a la línia proposada pel vot particular i acollida en la doctrina per De Otto,¹² però no idèntica. De fet, es troba en equilibri entre la solució del vot (definició de l'àmbit de la llei orgànica per remissió als títols competencials) i la que consisteix a definir aquest àmbit des del concepte de «desenvolupament» de l'art. 81.1, i inclou, per aconseguir un punt mig entre les dues possibilitats, una intervenció parcial dels títols competencials i el joc de la clàusula de supletorietat.¹³

D'una banda, per a les comunitats autònomes que hagin adoptat competències ex art. 149.1.30, aquest és el que, projectat sobre la llei orgànica, indicarà què és vinculant per a les comunitats autònomes i què és merament supletori:

*«La Ley orgánica puede, ciertamente, disponer una regulación plena [...] pero, aun en tal caso, una parte de esa normación habrá de tener carácter meramente supletorio respecto de las comunidades autónomas que, al amparo de lo prevenido en el art. 149.1.30 de la Constitución, hayan recabado para sí [...] competencias [...]. El concepto del que la Constitución se vale en el citado art. 149.1.30 [...] no posee el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el art. 81.1. El enunciado de aquel precepto impone al intérprete considerar que, respecto de las comunidades que ostenten competencias en su virtud, las instituciones generales del Estado no retienen, como competencia exclusiva, la normación de todo aquello que, en lo relativo al art. 27 de la Constitución, pueda considerarse "desarrollo" (art. 81.1) de los derechos fundamentales allí reconocidos» (FJ 4).*¹⁴

Però, com veiem, sembla que es parteix del fet que, d'altra banda, l'art. 81.1 permet fonamentar una regulació plena del desenvolupament dels drets, els efectes de la qual es modulen segons la comunitat de què es tracti. Això no sembla compaginar-se gaire amb el que s'indica a continuació:

«Ni la unidad de la Constitución toleraría que una de sus disposiciones (art. 149.1.30) se desvirtuase íntegramente por lo establecido en otra (art. 81.1) ni, de otra parte, un precepto ordenador del sistema de fuentes en el ordenamiento integral del Estado (art. 81.1) puede sobreponerse a la norma que, en un plano del todo diverso, busca articular los ámbitos materiales que corresponden a ordenamientos diversos, por más que obviamente unidos (art. 149.1.30). El criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º) parece habría aquí de tenerse en cuenta [...]» (FJ 4, la rodona és meva).

12. De Otto, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», RVAP, núm. 10, 1984, pàg. 66-67.

13. Aquesta entrada de la supletorietat per salvar així la possibilitat que les lleis orgàniques excedeixin el que com a desenvolupament els correspon es deu, segons Aja, a la fase inicial de construcció de l'Estat autòndmic en què es produeix la Sentència. Vegeu Aja Fernández, E., «Comentario a la STC 137/1986», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 67, 1986, pàg. 1195.

14. De fet, com es desprèn de la jurisprudència mateixa des de la STC 6/1982, de 22 de febrer, tot el que pugui considerar-se «desenvolupament» en cap cas no ho hauria de retenir la llei orgànica, perquè ha de cenyir-se al desenvolupament directe.

Si això era així, resultava probablement més correcte definir l'abast d'allò orgànic per referència als títols competencials estatals en joc (de manera que no pogués sobrepassar l'àmbit d'aquests)¹⁵ i entendre que, quant al que excedís l'anterior (excés que hauria de revestir caràcter de matèria connexa i ser qualificat per la llei orgànica com a ordinari),¹⁶ el fonament de la regulació estatal es trobaria simplement en el fet que, respecte a les comunitats autònomes que no haguessin assumit competència, aquesta hauria tornat a l'Estat (art. 149.3 CE). L'efecte de supletorietat respecte a les altres s'hauria mantingut, d'altra banda, igual.¹⁷ Naturalment, d'aquesta doctrina jurisprudencial es podria derivar la impossibilitat futura per a l'Estat de dictar lleis orgàniques amb aquesta extensió major quan totes les comunitats autònomes haguessin assumit competències sobre la regulació del dret del qual es tracti; aleshores el límit marcat per l'art. 149.1.1 (i eventualment d'altres, segons el dret en joc) li seria infranquejable, tenint en compte a més la impossibilitat de l'Estat de dictar normes amb l'única vocació de ser supletòries, fins i tot en el cas de les competències compartides.¹⁸ No obstant això, la configuració de Ceuta i Melilla com a ciutats autònomes amb les seves competències actuals pot permetre actualment a l'Estat, com ha indicat un sector doctrinal, evitar aquell efecte, i desactivar aquesta impossibilitat d'anar més enllà dels seus títols.¹⁹

Així, doncs, en la Sentència 137/1986 es dilueix l'hipotètic caràcter competencial de l'art. 81.1, però no es nega,²⁰ ja que en no recórrer al binomi títol competencial estatal més clàusula residual respecte a les comunitats autònomes no competents en la matèria, aquell precepte manté, malgrat les afirmacions del Tribunal,²¹

15. Cosa que no vol dir que no pogués ocupar un espai menor, com veurem més endavant.

16. Per contra, si com fa la STC 137/1986, s'accepta l'existència de normes amb rang orgànic que valen només enfront de determinades comunitats autònomes, es plantegen problemes de difícil solució: per exemple, com és possible que la llei autonòmica pugui regular matèries abans regulades en llei orgànica prescindint en aquesta mesura d'aquesta, o per què la llei orgànica pot tenir un abast diferent depenent de la comunitat autònoma davant la qual ens trobem. Vegeu, sobre aquests aspectes, en sentit crític, Tudela Aranda, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas/IVAP, Madrid, 1994, pàg. 255-256; Lasagabaster Herrarte, I., "Sobre las leyes orgánicas", RVAP, núm. 17, 1987, pàg. 66, i Pascual Medrano, A., "La Sentencia...", *op. cit.*, pàg. 1853.

17. Vegeu STC 149/1991, FJ 8.

18. Com indica la STC 118/1996, en desenvolupar la 147/1991: «[...] tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se les atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los estatutos a las comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (FJ 6).

19. Tanmateix, aquesta opinió no és pacífica en la doctrina. Vegeu per tots Leguina Villa, «El principio de competencia y la supletoriedad del derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, setembre-desembre, 1997, pàg. 20-21.

20. Cosa que fa, com indica Chofre, que el vot particular a la STC 5/1981 i a la STC 137/1986 transitin per vies diverses. Per a aquest autor, mentre en aquell els títols competencials limitaven l'abast de l'art. 81.1, en aquesta cada un es mantenia en un pla independent i la clàusula de supletorietat tancava, posteriorment, el sistema.

21. «[...] las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente [...]» (FJ 4).

aquesta possibilitat de fonamentar competències estatals per ell mateix. Com veurem, després de la Sentència 173/1998, el problema descrit breument fins aquí sobre la relació entre reserva de llei orgànica i títols competencials no queda aclarit sinó que, ans al contrari, les incògnites es mantenen i fins i tot augmenten en alguns aspectes.

4. El problema de la interpretació jurisprudencial de l'art. 149.1.1. En particular, la Sentència 61/1997

La jurisprudència constitucional,²² fins a la Sentència 61/1997, s'havia aproximat en nombroses ocasions a l'art. 149.1.1 CE, amb resultats molt diversos i sense portar a terme una construcció completa sobre el seu significat, atorgant-li alhora els usos més diversos. López Guerra ha reflectit aquesta multiplicitat d'usos del precepte, que ha estat utilitzat com a títol competencial genèric que cedeix davant d'altres més específics, títol que està unit a d'altres sense que se'n pugui endevinar la significació o utilitat, títol dirigit a preservar la igualtat, sense que quedi clar en aquests casos la seva relació amb preceptes com l'art. 81.1 o el 53.1 CE, títol específic que, a l'hora de decidir és eludit i, finalment, límit negatiu per a les comunitats autònomes.²³

Quant a les condicions bàsiques, els pronunciaments jurisprudencials els han atorgat no poques vegades un abast ampli. Amb això, la competència de l'Estat s'estén als més diversos àmbits sense cap criteri clar de delimitació de les seves possibilitats d'aplicació (o amb algun de summament complex d'utilitzar en matèria competencial, com el de la raonabilitat)²⁴ que aparegui eficaç.²⁵ Per contra, en altres

22. Se'n pot consultar, fins al 1993, l'exhaustiva monografia de Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP, 1994, pàg. 138 i ss. També fins al 1988, Corretja, M., *La conflictivitat competencial. Article 149.1.1*, IEA, Barcelona, 1989.

23. Vegeu López Guerra, L., «La doctrina del Tribunal Constitucional en relació con el artículo 149.1.1 CE», a *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, seminari celebrat a Barcelona el 7 de juny de 1991, IEA, Barcelona, 1992, pàg. 13-24.

24. Vegeu STC 87/1985, de 4 d'octubre, i STC 102/1985, de 4 d'octubre, 48/1988, de 22 de març, 227/1988, de 29 de novembre, 100/1991, de 13 de maig, 136/1991, de 20 de juny, i 108/1993, de 25 de març.

25. Així, el Tribunal ha fet entendre que aquesta noció comprendria qualsevol limitacions a l'exercici dels drets (STC 49/1984, de 5 d'abril) o que la competència estatal *ex art.* 149.1.1 es traduiria també en el desenvolupament reglamentari fins a extrems de detall (STC 64/1989, de 6 d'abril), cosa que ja s'havia considerat correcta a la STC 77/1985, de 27 de juny, per tal d'evitar «*divergencias en el desarrollo normativo de la ley que puedan vulnerar las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles*» (FJ 18). Un altre cas en què l'art. 149.1.1 ha pres una àmplia virtualitat per mitjà de la interpretació jurisprudencial és el d'aquelles sentències en les quals el Tribunal ha donat suport a l'*spending power* estatal, com quan en la STC 64/1989 (i en altres que la van seguir: 189/1989, 190/1989, 191/1990) es va justificar la concessió d'un seguit d'ajuts a la premsa per part de l'Estat en què això resultava indispensable per garantir la igualtat en l'exercici del dret a comunicar i rebre lliurement informació veraç. Més endavant, la STC 13/1992, de 6 de febrer, en el FJ 7, va reafirmar aquesta connexió amb l'*spending power* estatal estimant que «*las subvenciones estatales pueden tender a asegurar las condiciones básicas de igualdad cuya regulación reserva al Estado el artículo 149.1.1 CE, poniéndose de este modo el spending power estatal al servicio de una política de equilibrio social en sectores que lo necesitan, en ejecución de mandato o cláusulas genéricas (art. 1.1 o art. 9.2 CE) [...]*».

casos s'al·ludeix a la «fonamentalitat» o «essencialitat» del que han de cobrir les condicions bàsiques.²⁶ I, fins i tot, amb menor freqüència, s'identifiquen condicions concretes que responen a aquests caràcters.²⁷

Aquest no és l'únic problema que no ha resolt la jurisprudència: el caràcter de la igualtat perseguida (merament formal, o bé real) o l'àmbit de drets afectat, amb dubtes relatius als inclosos entre els principis rectors, en són d'altres. Com es pot veure, pot concloure's que el camí jurisprudencial entorn d'aquest precepte constitucional no ha estat ni lineal ni harmònic, i ha respost sovint més a les exigències de solució del cas concret que a la voluntat d'establir una teoria general aplicable als litigis que successivament es vagin plantejant. Això sí, algunes conclusions es poden extreure d'aquesta fase jurisprudencial: d'una banda, el Tribunal gairebé mai no ha connectat expressament aquestes condicions bàsiques amb la tècnica bases-desenvolupament,²⁸ cosa que no és aliena a l'absència de criteris clars sobre el contingut de l'art. 149.1.1; d'altra banda, han estat enteses en la majoria dels casos com a referides a les de caràcter jurídic i, finalment, el Tribunal sempre ha estat reaci a connectar de manera clara l'art. 149.1.1 amb els principis rectors, i quan ho ha fet ha acabat prevalent, generalment, algun altre títol competencial.²⁹

Va ser en la Sentència 61/1997, de 20 de març,³⁰ on el Tribunal, enfrontat a haver de decidir sobre la base gairebé única de l'art. 149.1.1, va haver d'oferir una interpretació d'aquest precepte que desvetllés, almenys, algunes de les incògnites que, al seu entorn, es plantejaven. Cal mencionar que hi estudiava la connexió entre aquell títol i un dret de la secció 2a del capítol 2n del títol 1r, mentre que en la Sentència 173/1998 ens trobem davant d'un dret de la secció 1a. Això obliga el

26. Parla així el Tribunal de «*posiciones jurídicas fundamentales*» (STC 37/1981, de 16 de novembre, FJ 2) o d'una igualtat de tracte que recaigui solament sobre «*lo esencial*» (STC 37/1987, de 26 de març, FJ 9) o de regular uns «*principios básicos*» (STC 87/1985, de 16 de juliol, FJ 8). Amb aquest ànim restrictiu es formulen les STC 82/1986, de 26 de juny, 52/1988, de 24 de març, i 225/1993, de 8 de juliol. Té un interès especial la STC 156/1995, de 28 de novembre, per la qual correspon a l'Estat, mitjançant l'art. 149.1.1, «*establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero [...] no [...] cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho*» (FJ 5). Aplica, així, a les condicions bàsiques, la distinció entre contingut o desenvolupament primari i exercici que, al concepte més general de bases, aplicava la STC 102/1995, de 26 de juny, que li atribuïa l'establiment d'un règim jurídic bàsic, com a pressupost de la garantia a tots d'un «gaudi» (=exercici) del dret (FJ 17).

27. Així, s'identifiquen com a condicions bàsiques qüestions relatives als caràcters fonamentals del dret o del deure (vegeu STC 87/1987, de 2 de juny); a la regulació no del dret o deure en si sinó d'aspectes organitzatius que en facin possible l'exercici posterior (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 27 a; 137/1986, de 6 de novembre, FJ 4; 154/1988, de 21 de juliol, FJ 5), o a la definició i ordenació de l'objecte del dret, en general o, en certs supòsits en què aquest objecte es resol en una prestació, la determinació dels requisits mínims de qualitat d'aquesta prestació (STC 5/1981, de 13 de febrer, FJ 27 c; 32/1983, de 28 d'abril, FJ 2 i 3, i 13/1992, de 6 de febrer, FJ 14).

28. En són excepcions les STC 32/1981, de 28 de juliol, 37/1987, de 16 de novembre, 69/1988, de 19 d'abril, i 102/1995, de 26 de juny, tot i que estableixen aquesta vinculació sense raonaments excessius, quan no la donen per certa sense cap raonament.

29. Amb la possible excepció de la STC 32/1983, de 28 d'abril, en la qual l'art. 149.1.1 es posa en relació amb l'art. 43 CE i es fonamenten competències estatals encara que també podria considerar-se que actua amb caràcter hermenèutic de l'art. 149.1.16.

30. En van ser ponents els magistrats Ruiz Vadiello i García Manzano.

Tribunal a atendre problemes que no sempre coincideixen i l'estudi conjunt de les dues sentències permetrà, per tant, una aproximació a la doctrina jurisprudencial sobre aquell títol que, com veurem, no es troba exempta d'elements polèmics i, sens dubte, d'opinions diverses en el si del Tribunal, plasmades en sengles vots particulars.

No efectuarem una exposició completa del contingut de la Sentència pel que fa a l'art. 149.1.1, que excediria el propòsit d'aquest apartat. Solament subratllarem les línies mestres de la caracterització que en fa el Tribunal per tal de poder comprovar després fins a quin punt varien en la Sentència 173/1998. Així es pot dir que el Tribunal nega la pertinença de les condicions bàsiques al gènere de les bases,³¹ i hi construeix a sobre una competència exclusiva estatal.³² Les matèries del títol són, en concret, els drets i deures constitucionals, però solament aquests, i no els sectors materials en els quals s'insereixen.³³ Aquesta distinció entre dret i sector és un dels pilars del raonament de la Sentència i també un dels més polèmics.³⁴ D'altra banda, la igualtat a la qual es refereix el precepte no és, per a la Sentència, res més que el seu element teleològic, que, amb el funcional i el material descrits abans, el configurarien de manera que així l'art. 149.1.1 no seria una còpia del 14 ni un precepte que constitueix per al legislador autonòmic una prohibició d'un tractament divergent i desproporcionat respecte a la legislació estatal (FJ 7.a).³⁵

31. Cosa que critica Menéndez Rexach, per a qui «*la articulación [de les condicions bàsiques] con las competencias autonómicas corresponde al mismo esquema que en el binomio legislación básica-desarrollo [...] La regulación que el Estado podrá dictar en virtud del art. 149.1.1 será de menor alcance que la derivada de sus competencias sobre las bases o legislación básica, pero, desde el punto de vista de la articulación competencial, el resultado es el mismo en ambos casos, porque el legislador autonómico debe atenerse a la normativa estatal*». Vegeu «Las competencias del Estado y de las comunidades autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 153, abril-maig de 1997, pàg. 50.

32. «[...] "condiciones básicas" no es sinónimo de "legislación básica", "bases" o "normas básicas". El art. 149.1.1 no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate [...] no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art. 149.1.1 no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo [...]» (FJ 7.a). Tanmateix, el Tribunal afegeix més endavant que les normes estatals emanades sota la cobertura de l'art. 149.1.1 CE «*pueden encontrar su mejor expresión a través de principios o reglas generales que [...] sirvan para garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales*» (FJ 10), amb la qual cosa, en definitiva, per descriure una competència pretesament exclusiva s'utilitzen termes habitualment usats per determinar l'abast de les normes bàsiques.

33. Si no fos així, diu la Sentència, «*dada la fuerza expansiva de los derechos [...] quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento [...]*» (FJ 7.b).

34. A favor, tot i que critica la manera d'aplicar-ho, vegeu Menéndez Rexach, *op. cit.*, pàg. 451-452. En el mateix sentit, vaig tractar la qüestió a «Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas», *RVAP*, núm. 49, 1997, pàg. 30 i seg. Contra la tesi jurisprudencial, vegeu Lasagabaster, I., «El derecho de propiedad urbana y el art. 149.1.1 CE», *RVAP*, núm. 50, 1998, pàg. 311. L'autor qualifica la distinció entre preceptes que regulen el dret i els que regulen el sector material d'«indiscernible».

35. En contra, caldria dir, d'allò que expressament propugnaven les STC 87/1985, 102/1985, 48/1988, 227/1988, 100/1991, 136/1991 i 108/1993, com s'ha vist.

En tot cas, el que més ens interessa és comprovar on situa el Tribunal Constitucional, dins de les diverses zones regulables d'un dret o deure, i amb quin contingut, la competència estatal *ex art.* 149.1.1 (i més en concret sobre quin objecte es projectaria el seu aspecte funcional). A això es refereix el FJ 8, quan indica que:

«Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las "condiciones básicas" hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...).»

Sembla que així s'aposta clarament per situar les condicions bàsiques en la zona del desenvolupament primari o directe del dret, més que en la de la regulació de l'exercici.³⁶ I continua concretant que aquestes condicions bàsiques hauran de ser *«las imprescindibles o necesarias»* per garantir la igualtat, que d'altra banda no és una igualtat formal absoluta que atenyi qualsevol condició material, cosa que portaria a envair la competència autonòmica (FJ 8).

Té gran interès el fet que el Tribunal consideri que hi ha un seguit de qüestions que, excedint el que s'ha qualificat abans com a condicions bàsiques, s'hi troben tan connectades que cal entendre-les, també, incloses en aquell concepte. Amb això es volen integrar dins d'aïtals condicions qüestions pertanyents al contingut del dret o deure i que no van ser citades abans (l'objecte d'aquest, fins i tot determinats requisits organitzatius imprescindibles per a l'exercici o compliment posterior) al mateix temps que es fa alguna referència poc necessària, i fins i tot tautològica, com quan el Tribunal indica que dins de les condicions bàsiques cal entendre-hi incloses també *«los [...] requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho»*. En definitiva, estableix la Sentència que:

*«Dentro de esas "condiciones básicas" cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...] los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...] los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho [...]».*³⁷

Malgrat això, es pot concloure que el nucli de la competència estatal *ex art.* 149.1.1 consisteix en la regulació del *«contenido básico y primario del derecho [...] en*

36. En la línia postulada expressament per Tudela Aranda a *Derechos...*, *op. cit.*, pàg. 309 i ss., i podria considerar-se que fins i tot abans, de manera implícita pels autors que vincularen les condicions bàsiques a les bases, que bastarien, abans de res, el fonamental de la regulació. Vegeu-ne, per exemple, Álvarez Conde, *Las Comunidades Autónomas*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pàg. 175, i González Encinar, a *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985, pàg. 134. Sobre el tema, i en termes semblants, però atorgant un abast menor a les condicions bàsiques que a les bases i afirmant la competència estatal com a prèvia a l'exercici d'altres competències estatals més àmplies i de les autonòmiques, vaig tractar-ho a «Distribución...», *op. cit.*, pàg. 25-26.

37. El Tribunal invoca la seva jurisprudència en suport d'aquesta tesi d'una manera que algun autor ha criticat. Així, Lasagabaster entén que pràcticament totes les sentències que el Tribunal cita en aquest paràgraf a favor de les seves tesis estan fora de context o interpretades d'una manera si més no discutible. Vegeu «El derecho de propiedad...», *op. cit.*, pàg. 313-317.

la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero [...] no [...] cualquier circunstancia [...]. La igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas [...] sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador» (FJ 8).³⁸ A partir d'aquesta zona prèvia, els títols estatals i autonòmics restants s'ocuparien d'acabar de traçar la resta de la regulació del dret.

La Sentència, com s'ha dit, desvincula les condicions bàsiques del concepte de "bases". Això no l'impedeix d'afirmar que mitjançant l'art. 149.1.1, com s'acaba de veure, es regularà aquest contingut bàsic i s'establirà un mínim comú denominador. Davant d'això, només és possible concloure que, o bé el Tribunal acaba a la pràctica afirmant allò que abans ha negat, o bé que entén que mitjançant l'art. 149.1.1 el legislador estatal pot anar intervenint puntualment allà on entengui que no ha de donar-se desigualtat, però sense pretensió de conformar un règim bàsic sinó un conjunt d'aspectes puntuals corresponents als elements que abans es van enumerar. La intervenció estatal, així, no fixaria bases, sinó una pluralitat de qüestions concretes no susceptibles de ser desenvolupades per esgotar-se en si mateixes.

D'aquesta segona interpretació es desprenen dos problemes. El primer el posa de manifest el resultat a què arriba la mateixa Sentència, que atorga caràcter de condició bàsica a un conjunt de qüestions moltes de les quals es relacionen de manera molt llunyana amb el dret de propietat com a tal i són en realitat aspectes de la regulació de l'urbanisme (el sector material, si fem els termes de la Sentència). I és que aquesta intervenció puntual, de fixació de principis o normes sempre que s'entengui que s'afecta a les condicions bàsiques, és una intervenció de delimitació impossible *a priori*,³⁹ a diferència del que succeiria si s'acudís a la categoria de les bases i als criteris amb què jurisprudència i doctrina l'han acotada.

Però és que, a més, es diu que les condicions bàsiques no són bases però no es deixen d'emprar criteris i conceptes (principis, contingut bàsic, mínim comú denominador) normalment utilitzats en parlar de les bases. És significatiu d'aquesta possible confusió que, al vot particular del magistrat Jiménez de Parga que acompanya la Sentència, on se sosté que les condicions bàsiques fan referència a la regulació de l'exercici del dret, es critiqui la posició de la majoria, pel fet que, en opinió del magistrat discrepant, l'article 149.1.1 no és ni un títol que postuli «*una suerte de común denominador garantizador de las condiciones básicas de los derechos y deberes que se resuelve en [...] una cierta homogeneidad, en lo que hace al contenido básico*», ni una regla de repartiment de competències quant a la regulació dels drets i deures constitucionals ni un títol que habiliti l'Estat «*para legislar sobre el contenido "primario y básico" del derecho de propiedad como si de un legislador básico se tratase*» (apartat 4.2.a), frase aquesta significativa que la Sentència es mou en un terreny fronterer entre el que és bàsic i el que no ho és. Per al magistrat, en canvi, el precepte «*nada afirma respecto de que pueda regular el contenido básico o primario de estos*

38. Terme, aquest, que, com s'ha vist, ja va utilitzar en la STC 102/1995 i, especialment referit a les condicions bàsiques, en la STC 156/1995, que avança, en aquest aspecte concret, la línia de la STC 61/1997.

39. Vegeu, en aquest sentit, Tudela Aranda, J., *Derechos...*, op. cit., pàg. 291 i seg.

*mismos deberes constitucionales. Más bien parece referirse a las condiciones ad extra del derecho, no a su contenido (lo que podríamos denominar como sus condiciones ad intra).*⁴⁰

I considera que la seva posició d'atribuir l'art. 149.1.1 no al règim jurídic sinó a la regulació de l'exercici té el suport de dos arguments: d'una banda, si s'entengués el contrari, es produiria una redundància entre l'art. 149.1.1 i el 81.1, que comprendrien el mateix àmbit. D'altra banda, opina que seria com confiar al legislador estatal la regulació del contingut essencial dels drets, al qual precisament ha de respectar. Hi troba un contrasentit, que fa que qualifiqui la tesi de la Sentència de «*discutible y hasta peligrosa*».

Com veurem, de les dues objeccions la primera solament ho és si s'entén que l'art. 81.1 és (o fa funcions de) títol competencial.⁴¹ Quant a la segona, la contradicció és aparent: en la mesura que el contingut dels drets es troba especificat en la lletra de la Constitució, la Llei ho recollirà sense poder contradir-ho i en partirà. Com a molt, on la norma fonamental no arribi a definir aquest contingut, el legislador de les condicions bàsiques contribuirà a completar-ho a partir del que es pugui deduir de la Constitució, sempre sota el control últim eventual del Tribunal Constitucional.

Sembla difícil, en definitiva, afirmar que el vot particular aconseguixi donar, al títol del qual parlem, un abast concret i mínimament previsible. Així, no s'aconsegueix gaire més concreció (ans al contrari) quan s'hi afirma que «*el art. 149.1.1 CE debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el art. 139 CE [...]. En relación con este artículo el art. 149.1.1 CE habilita al Estado con una competencia para que regule las condiciones o circunstancias básicas o necesarias que asegure la materialización de estos resultados, en definitiva, garantizar la efectiva realización, en su dimensión territorial, del principio-derecho a la igualdad del art. 14 CE [...] [i regular] las circunstancias indispensables para que se dé la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales*».

5. La Sentència 173/1998, de 23 de juliol

5.1. Interpretació de l'art. 81.1

Així doncs, la Sentència de la qual ara tractarem és la primera des de la STC 61/1997 en la qual el Tribunal torna en detall directament a l'article

40. Ha formulat l'opinió contrària Menéndez Rexach, per a qui: «[...] para salir del atolladero en que se encuentra la Sentencia [...] la tesis discrepante conduce a un embrollo aún mayor, al situarse en la distinción entre «contenido» del derecho y condiciones "ad extra" del mismo. [...] ¿Cuál es el fundamento para afirmar que el art. 149.1.1 se refiere a las condiciones de disfrute y no al contenido del derecho? ¿No dice el Código civil que el derecho de propiedad consiste en las facultades de goce y disposición? ¿Cómo se puede separar el disfrute del contenido del derecho? Que la competencia del art. 149.1.1 permite una regulación del contenido del derecho en sus aspectos primarios o básicos parece difícilmente discutible y en esto hay que convenir con la opinión mayoritaria reflejada en la Sentencia, aunque aquí se disienta del alcance tan restrictivo que se da a la competencia estatal [...]». Vegeu Menéndez Rexach, *op. cit.*, pàg. 467.

41. Que és precisament l'opinió del magistrat, com ho manifesta obertament en el vot particular a la STC 173/1998.

149.1.1,⁴² en aquest cas a més amb la presència addicional de l'art. 81.1. Malgrat que la interpretació d'aquell fet per la Sentència de 1997 era plenament compatible i aplicable amb una lectura de l'art. 81.1 que, culminant-ne l'evolució jurisprudencial, acabés per retirar-ne qualsevol matís competencial, l'orientació adoptada pel Tribunal, com a continuació explicarem abans de passar a tractar el problema relatiu a l'art. 149.1.1, parteix d'aquella intenció per acabar anant a parar a un resultat molt diferent.

En concret, es pot afirmar que la línia iniciada amb l'obert caràcter competencial atorgat a l'art. 81.1 en la STC 5/1981, que el considerava a més una espècie de títol intercanviable amb els de l'art. 149.1 i el matís parcial posterior de la Sentència 137/1986, torna en part amb aquesta Sentència al punt inicial, en partir de la competencialitat de l'article, tot i que amb l'intent d'ordenar els diversos àmbits dels títols en joc amb la finalitat de no incórrer en la tesi ja citada de la Sentència 5/1981 d'entendre'ls referits a àmbits comuns.

Així, les comunitats autònomes, en regular el règim jurídic de les associacions, no poden «*entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación*» ja que aquest «*es un ámbito reservado al Estado ex art. 81.1 CE*» (FJ 6). Ara bé, vol dir això que l'art. 81.1 té un paper autònom com a títol competencial? La Sentència inicia la resolució del problema en la línia establerta per la Sentència 137/1986:

«como hemos reiterado desde la STC 5/1981, la reserva de ley orgánica del art. 81.1 no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado. Así lo destacó entre otras la STC 137/1986 [...] con cita de otras precedentes, destacando que en este punto rige el "criterio general de que, en el Estado de autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente" (STC 37/1981, FJ 2)» (FJ 7).

La citació de les dues sentències per afirmar que el Tribunal Constitucional ha negat sempre la competencialitat de l'art. 81.1 és, com hem dit, discutible. Però prescindint-ne, sembla clar que immediatament abandonarà la línia de la qual afirma partir. Així, si d'una banda indica que «*la reserva de ley orgánica no supone atribución de ningún título competencial*», s'afegeix a continuació que no és menys cert que «*en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esa forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas [...]*». Per això: «*en la práctica, [...] lo más relevante para la resolución del recurso [...] no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias*» (FJ 7, la rodona és meva).

42. Entre ambdues, el precepte fou citat sense majors conseqüències a les sentències 133/1997, de 10 de juliol, i 65/1998, de 18 de març, i va ser utilitzat per fonamentar la competència de l'Estat per tal d'establir un règim sancionador bàsic a la STC 206/1997, de 27 de novembre, i per justificar la fixació de limitacions a la llibertat de contractació a la STC 19/1998, de 23 de gener. En cap d'elles el Tribunal no es va aturar a analitzar el precepte. Amb posterioritat, ha estat invocat a la STC 103/1999, de 3 de juny.

I certament sembla que la resposta a la qual s'arriba sobre aquesta última qüestió és la negativa. La jurisprudència, reconeix el Tribunal, no ha estat rectil·línia en aquesta matèria. Amb tot, la Sentència n'extreu dos criteris: d'una banda, l'àmbit de la reserva de llei orgànica no és coextens amb el de les competències atribuïdes a l'Estat. De l'altra, en fixar l'abast de la reserva de llei orgànica, aquest ha de cohonestar-se amb els títols competencials. Ambdós punts de partida no són desenvolupats pel Tribunal més enllà de la seva formulació taxativa,⁴³ que d'altra banda és susceptible d'interpretacions molt diverses. Per exemple: què significa que l'àmbit de la llei orgànica no és coextens amb el de les competències atribuïdes a l'Estat?

Això pot voler dir que, primera possibilitat, no és coextens en absolut, de manera que l'extensió de l'àmbit de la llei orgànica i el de les competències no se superposa en cap moment i els seus àmbits materials respectius se succeeixen, no coincideixen; dit d'una altra manera: s'ordenen d'una manera successiva, no simultània o coincident. També es pot entendre, segona possibilitat, que se superposen parcialment, de manera que part de la regulació del desenvolupament directe, la més nuclear, correspon a l'Estat perquè així ho disposa l'art. 81.1, i la resta li correspon perquè així ho atorguen els seus títols competencials, començant pel de l'art. 149.1.1, i per tant en aquesta segona zona l'art. 81.1 concorre juntament amb aquests títols però sense cap valor competencial. Els títols esmentats fonamentarien llavors la resta dels preceptes orgànics i, a més, podrien, naturalment, fonamentar altres qüestions no orgàniques, sobre les quals ja no hi haurà aplicació conjunta amb l'art. 81.1 per excedir aquelles el desenvolupament directe i referir-se a la regulació de l'exercici. Finalment, es podria entendre que la no-coextensió obeeix al fet que els títols estatals, d'una banda, fonamentarien competencialment tota la normativa orgànica (i no només una part, com en la segona possibilitat, de manera que aquí l'absència de valor competencial de l'art. 81.1 seria total i no només parcial), però, igual que en l'esmentada segona possibilitat, també permetrien al legislador ordinari completar la regulació del dret o deure.

Doncs bé: la necessitat de cohonestar reserva i títols porta el Tribunal a una conclusió problemàtica, perquè del text de la Sentència (únic objecte possible, s'ha d'insistir en això, de la interpretació) es desprèn que l'art. 81.1 va per un costat i fonamenta la regulació d'unes qüestions, i els títols estatals, començant pel de l'art. 149.1.1, van per un altre costat i fonamenten la regulació d'altres qüestions. És a dir, es desprèn que s'escull la primera de les tres hipòtesis abans enunciades. Si el Tribunal va voler dir una cosa distinta (i podria pensar-se que potser en algun moment inicial de l'elaboració i discussió de la Sentència es va voler dir efectivament una cosa distinta, per exemple quelcom si no coincident amb la tercera hipò-

43. I a més es pot concloure que després són abandonats pel Tribunal. Com indica Pascual Merdrano, "el Tribunal, cuando procede a concretar el alcance de la hipotética ley orgánica sobre el derecho de asociación, abandona las antedichas premisas y, al menos aparentemente, determina de un modo autónomo su contenido, lo que supone, en definitiva, concebir dicha ley orgánica como un título competencial estatal independiente que va a limitar la competencia autonómica. [...] El Tribunal parece interpretar la reserva de ley orgánica como un título atributivo de competencia estatal que debe ser respetado por las Comunidades Autónomas". Vegeu *op. cit.*, pàg. 1855 i 1857.

tesi esmentada, sí almenys amb la segona)⁴⁴ no es troba reflectida en el text, que acull la primera hipòtesi, ja que *en cap moment no es connecta l'art. 81.1, i allò que es diu que reserva a l'Estat, amb l'art. 149.1.1*. D'aquesta manera, el Tribunal indica que:

«Uno de los criterios fundamentales que, junto a los ya mencionados, ha orientado la realización de esta tarea de definición sistemática ha sido el de reservar al Estado ex art. 81.1 CE la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o "en cuanto tal", en tanto que se atribuye la regulación de la "materia" sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (STC 127/1994, STC 61/1997 y, en relación concretamente con el derecho de asociación, SSTC 67/1985 y 157/1992)» (FJ 7).

En definitiva, que si abans s'havia afirmat que la reserva de llei orgànica no és un títol competencial, i ara es conclou que l'art. 81.1 reserva a l'Estat, en si i sense cap referència a algun títol competencial, el desenvolupament directe, essent la resta (que s'identifica seguint, com veurem, només parcialment la STC 61/1997, amb la «matèria» sobre la qual es projecta el dret) el que correspon repartir entre Estat i comunitats autònomes segons els seus títols competencials, s'haurà de concloure que, per no ser un títol competencial, l'art. 81.1 n'adquireix un caràcter indiferenciable. Per tant, l'afirmació inicial portada de la STC 137/1986 es queda solament en això, i a continuació és substituïda per una línia de raonament distinta. Lucas Murillo de la Cueva, en la seva recent monografia sobre les competències en matèria d'associacions a la jurisprudència constitucional, descriu com la Sentència de què tractem no fa sinó aclarir (i ell està d'acord amb això) que *"la función de la reserva del artículo 81 CE y la del Título VIII son distintas y se mueven en planos bien diferenciados. Aquélla es un prius, un presupuesto de la distribución competencial en la medida que también lo es para el legislador ordinario estatal"*.⁴⁵

És per això que l'evolució de la jurisprudència, que culmina en la STC 173/1998, porta a derivar d'aquesta, en opinió de l'autor, que *"la ley orgànica desa-*

44. Al cap i a la fi, si com va dir la STC 61/1997 i recorda la 173/1998, les «condicions bàsiques» *"hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)"* (STC 61/1997, FJ 8), no hi ha més remei que entendre que allò que s'estableix en la llei orgànica té com a base competencial l'esmentat art. 149.1.1. Però la Sentència no dóna aquest pas, de manera que no aplica el seu propi punt de partida. S'ha de dir, a més, que la STC 173/1998 parla no de contingut primari, etc., *del dret*, com fa la 61/1997, sinó del *"contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación"*. El matís pot ser volgut o inadvertit; en el primer cas seria plenament coherent amb el fet que el contingut primari del dret com a tal ha estat deferit a l'art. 81.1, i allò que resta per al 149.1.1 és el contingut primari de l'objecte d'aquest dret.

45. Es justifica, prossegueix aquest autor, *"en la necesidad que el constituyente sintió de que las Cortes completaran su obra concretando, entre otras cosas, el contenido esencial de los derechos fundamentales de manera directa e inmediata [...] La reserva estaba concebida como una prolongación imprescindible del texto constitucional, una retención del poder constituyente"*. Vegeu Lucas Murillo de la Cueva, E., *Igualdad y autonomía...*, op. cit., pàg. 52.

*rolla directa y estrictamente el derecho fundamental de que se trate y, teniéndola en cuenta, otras normas definen las bases a que hayan de ajustarse las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias y otras distintas regulan las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales: ni la ley orgánica puede extender su acción utilizando como plataforma la competencia estatal sobre las bases y las condiciones básicas ni éstas pueden, tampoco, ensancharse amparándose en el desarrollo de los derechos fundamentales».*⁴⁶

D'això conclou Lucas que la Sentència fixa una seqüència normativa en la qual la llei orgànica desplega el dret en els seus elements essencials; a partir d'això la llei ordinària estatal pot regular el contingut primari, les posicions jurídiques fonamentals i les facultats bàsiques del dret, mentre sigui imprescindible per garantir la igualtat en l'exercici, i, finalment, la llei ordinària, estatal o autonòmica, segons correspongui, regularà l'exercici del dret.

Es pot, certament, estar més o menys satisfet amb aquest estat de coses; es pot entendre que l'ordenació en moments successius que es dissenya planteja no pocs problemes o, per contra, estar d'acord amb ella, però allò que en la meua opinió resulta clar és que el que l'autor citat descriu —en el seu cas mostrant-se d'acord— és precisament el que es pot derivar del text de la Sentència. Certament, pel que fa al paper competencial de l'art.81.1, és molt més clar el vot particular, que s'estalvia el punt de partida que el Tribunal diu emprar i afirma directament la competencialitat de l'art.81.1 des d'un inici:

«El título VIII de la Constitución ha de interpretarse a partir del siguiente presupuesto: las competencias que en ese título se distribuyen entre el Estado y las comunidades autónomas son sólo las que no se han atribuido en otros preceptos ajenos a este título, con exigencia de determinadas formas jurídicas que, por definición, sólo puede utilizar el Estado. [...] El art. 81.1 es, de manera previa a lo establecido luego en el art. 149.1 y 3 CE, y de modo indirecto, una norma atributiva de competencias al Estado [...]» (apartat 3 del vot, la rodona és meua).

Sigui com sigui, i malgrat les dificultats de separació entre «*la regulación del derecho de asociación y la del régimen jurídico de las asociaciones (la materia sobre la que aquél se proyectaría)*», que la Sentència reconeix, aquest criteri és el que es farà servir per discernir entre «*lo reservado a la ley orgánica y lo que corresponde a los títulos competenciales relacionados con la materia de asociaciones y muy especialmente lo que corresponde al legislador ordinario, sea estatal o autonómico, con competencias en estas materias*» (FJ 7). Serà contingut de la normativa estatal que deriva de l'art 81.1: «*La regulación de los elementos esenciales de la definición del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los aspectos esenciales del contenido del derecho en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, FJ 2), al alcance del mismo en las relaciones inter privados, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad [...] los*

46. *Op. cit.*, pàg. 57.

límites [...] en atención de otros derechos y libertades [...] así como [...] en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas [...] o [...] a la libertad de no asociarse» (FJ 8).

5.2. Interpretació de l'art. 149.1.1

Després del que s'ha apuntat, es planteja el dubte de quin és l'espai que queda per a la competència estatal de l'art. 149.1.1 si, atesa la Sentència 61/1997 (FJ 8), hem d'entendre que es projecta sobre les posicions jurídiques fonamentals, entre les quals es troben qüestions com les facultats elementals o els límits essencials que es reconeixen expressament, com acabem de veure, en el FJ 8 de la Sentència 173/1998, com a derivades de l'art. 81.1.

Aquesta última Sentència, a partir de la distinció dret/sector que guiava la Sentència 61/1997,⁴⁷ canviarà l'àmbit sobre el qual s'hagi de projectar l'art. 149.1.1. I no pot ser d'una altra manera, ja que l'atribució fàctica a l'art. 81.1 de caràcter competencial abocava bé a ometre completament l'art. 149.1.1, bé a donar-li un àmbit diferent. Ara bé: conèixer on situa la Sentència aquest àmbit no és fàcil. Aquesta parteix i es basa en cites de la Sentència 61/1997 (FJ 9): l'art. 149.1.1 com a referit al contingut primari, les facultats elementals i els límits essencials del dret; però això s'ha afirmat ja com a propi de l'art. 81.1, de manera que no es pot atribuir ara a l'art. 149.1.1. Aquest, segons la Sentència 173/1998, atribuiria a l'Estat *«tanto [...] la definición del concepto legal de asociación como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución) que resulten “imprescindibles o necesarios” en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación [...]»* (FJ 9).

Per tant, es podria entendre que s'al·ludeix a les mateixes qüestions, en cert sentit, que les que la Sentència 61/1997 enumerava quan, després de dir que corresponien a l'art. 149.1.1 les qüestions detallades més amunt i que el FJ 9 de la Sentència 173/1998 recorda, afegia que *«dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...]»* (FJ 8). Així, es pot pensar que l'art. 149.1.1 ha perdut la primera part del contingut que li atribuïa la Sentència 61/1997 a favor del 81.1, però manté el segon⁴⁸ que, en no constituir desenvolupament «directe» del dret sinó pos-

47. Solament que en aquest cas la distinció servia per separar l'àmbit de l'art. 149.1.1 del d'altres títols competencials, sense cap menció (no era procedent) de l'art. 81.1. En tot cas, la distinció s'aplica almenys efectuant, abans d'enfrontar-se als preceptes concrets impugnats, un intent de discernir detalladament què s'ha d'entendre per cada un d'aquells conceptes i què dins de cada un hauria de correspondre a cada ens i sobre la base de quin títol, cosa que la STC 61/1997 solament feia de manera parcial, fins i tot amb presses, la qual cosa va determinar una aplicació de la teoria general als preceptes concrets en la qual es pot trobar poca o cap sistemàtica.

48. Precisament el que la doctrina criticava que tingués, per la seva indefinició i les possibilitats d'ingerència indeterminada que obria a favor de l'Estat sobre les competències autonòmiques. Potser per això la Sentència recorda immediatament, amb una cita de la STC 61/1997, FJ 7.b, que *«la regu-*

terior (és a dir, encara regulació del contingut i caràcters, però no regulació del seu exercici en situacions i casos concrets), no hauria de tenir caràcter orgànic.⁴⁹ Amb tot i això, no deixa d'ésser discutible que la regulació de l'objecte del dret no s'hagi inclòs a la llista de qüestions vinculades a l'art. 81.1.

Naturalment, podria adduir-se que en realitat l'art. 149.1.1 fonamentarà competencialment les normes orgàniques referides als aspectes anteriorment citats en parlar d'aquesta font,⁵⁰ però ja s'ha dit que això no es deriva de la Sentència, que quan tracta l'art. 81.1 s'oblida del 149.1.1, i quan analitza el 149.1.1 prescindeix de l'altre. Per tant, llevat que fem dir a la Sentència el que ella mateixa no diu, integrant en el seu raonament noves passes que la portin a noves conclusions, s'haurà de concloure que, com es va dir, el problema de la relació entre reserva de llei orgànica i títols competencials continua obert, i fins i tot amb més punts obscurs que els que mantenia després de l'aclariment parcial de la STC 137/1986.

D'altra banda, no s'acaben aquí les qüestions problemàtiques. La Sentència afirma que l'art. 149.1.1 no té un àmbit material exclouent de la intervenció autonòmica de manera que, mentre l'Estat no hagi fet ús de la competència que el precepte li atorga, serà difícil o impossible afirmar una extralimitació competencial autonòmica per infracció d'aquest:

«La legislación que con base en este precepto constitucional puede dictar el Estado deberá ser sin duda respetada por el legislador autonómico titular de la competencia sobre determinadas asociaciones. Constituirá también un prius del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1, más que delimitar un ámbito material excluyente en toda intervención de las comunidades autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas» (FJ 9, la rodona és meva).

D'això sembla deduir-se que es renuncia a dotar d'un àmbit material previsible les condicions bàsiques i que, si se n'ha de seguir el resultat al qual portaria aquesta tesi, l'Estat, per fer valer la seva competència derivada del títol que tractem enfront d'extralimitacions competencials autonòmiques, l'hauria d'exercir prèviament i expressament. En aquest cas, els preceptes autonòmics que contradiguessin els nous preceptes estatals serien desplaçats (FJ 9). L'art. 149.1.1 seria així únicament un element harmonitzador, exercible abans o després de l'existència de les normatives au-

lació que corresponde al Estado ex art. 149.1.1 queda limitada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico [...]» (FJ 9).

49. Com veurem, el vot particular propugna considerar referit l'art. 149.1.1 no al desenvolupament de cap de les seves zones, sinó a la regulació de l'exercici atorgant al desenvolupament un àmbit extens i sempre emparat en el títol derivat de l'art. 81.1, i per tant amb caràcter orgànic. En incrementar l'àmbit de l'art. 81.1 i traslladar el del 149.1.1 a un moment normatiu posterior, el de les competències autonòmiques adquireix un abast gairebé simbòlic.

50. Així ho considera De Pablo Contreras, com l'única manera de donar una explicació lògica al problema, encara que adverteix que la Sentència no es correspon amb aquesta tesi (o millor: sí que ho fa el seu punt de partida, però no les seves conclusions, poc coherents amb aquell). Vegeu De Pablo Contreras, P., "La legislación civil...", *op. cit.*, pàg. 1843.

tonòmiques, però sense cap virtualitat i existència mentre no fos usat efectivament. No podria actuar de manera prèvia com a límit negatiu de les competències autonòmiques. Així, en la Sentència, cap dels articles impugnats serà declarat nul per vulnerar la competència *ex art.* 149.1.1 (i sí per entrar en els àmbits que reserva a l'Estat, com si es tractés d'un altre títol, l'art. 81.1). En alguns casos, fins i tot, s'indica que algun precepte de la Llei basca incideix clarament en l'àmbit de l'art. 149.1.1, però, com es diu expressament en el FJ 14.f (i es deriva sense dificultat d'altres, com el 14.c o el 14.g): «*en tanto las Cortes Generales ex art. 149.1.1, no precisen lo que crean conveniente al respecto, ninguna tacha puede formularse [...]*». Aquesta construcció s'aparta de l'opinió que, si bé controvertida a la doctrina,⁵¹ es podia extreure fins ara de la jurisprudència.⁵² La tesi del Tribunal ens condueix a un concepte de concurrència normativa certament existent als Estats Units, Austràlia, Suïssa o Alemanya (perquè Federació i estats membres tenen competència sobre la mateixa matèria i la normativa dels estats pot arribar a ser exhaustiva mentre la Federació no comenci, al seu torn, a legislar; moment en què les seves normes, que prevalen sobre les dels estats, aniran ocupant el camp cobert abans per aquestes),⁵³ però no entre nosaltres.⁵⁴

6. Anàlisi de les principals qüestions problemàtiques que planteja la Sentència

La Sentència que, en termes generals, acabem de descriure, planteja bastants interrogants quant a les tesis sobre les quals es fonamenta. Tots giren entorn de dues qüestions.

a) *El caràcter de l'art. 81.1. Llei orgànica i títols competencials*

Com s'ha vist, s'accepta en primer lloc (malgrat l'afirmació inicial que no és així) la competencialitat de l'art. 81.1 sobre la base d'aquella espècie de «mutació inevitable» que sembla patir el precepte pel que fa als drets fonamentals: si la llei orgànica solament pot ser dictada per les Corts Generals, és inevitable, es diria, que estigui reservant un àmbit competencial a l'Estat. Aquesta operació és la que sembla efectuar la Sentència: comença dient que la llei orgànica no reserva cap competència a l'Estat, i continua amb l'afirmació que el més rellevant no rau tant «*en la distinción entre la*

51. Vegeu, en sentir favorable a la tesi de l'art. 149.1.1 com a límit negatiu, Pemán Gavín, *Igualdad...*, *op. cit.*, pàg. 230; Baño León, *Autonomía...*, *op. cit.*, pàg. 268 i seg., i Tudela Aranda, *Derechos...*, *op. cit.*, pàg. 333 i seg. En contra, això no obstant, vegeu Aja, «La función...», *op. cit.*, pàg. 39 i seg., i Balaguer, *op. cit.*, pàg. 662-663.

52. Vegeu la STC 37/1987, de 26 de març, FJ 9, que dona a entendre l'existència d'aquest límit; més clarament, vegeu la STC 87/1985, de 16 d'agost, que al FJ 8 qualifica l'art. 149.1.1 de límit a les competències autonòmiques, i la STC 136/1991, de 20 de juny, que parla de l'art. 149.1.1 com a «límite específico y excepcional».

53. Sobre això, vegeu Albertí Rovira, E., «La noción de 'bases' y el desarrollo estatutario», a *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, II, HAAE/IVAP, Oñati, 1991, pàg. 320-321.

54. Afegeix el Tribunal que les normes que l'Estat dicti emparant-se en l'art. 149.1.1 «desplazarán» en aquest moment les autonòmiques que fins llavors hagin ocupat aquell àmbit. Llavors sorgeix la incògnita sobre la naturalesa jurídica d'aquest desplaçament i la virtualitat que després d'aquest desplaçament restarà a les normes autonòmiques desplaçades, si és que els n'ha de quedar alguna.

naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencias» (FJ 7). En afirmar això ja s'està predeterminant la conclusió a la qual s'arribarà, perquè si es vol evitar atorgar un caràcter competencial autònom a l'art. 81.1, aleshores el que sí que és rellevant és determinar la naturalesa diferent d'un precepte del sistema de fonts i un títol competencial.

Si s'afirma aquesta distinció, aleshores no hi ha dubte que la pregunta següent (l'abast material de la llei orgànica, la mesura en què el seu contingut s'hagi d'integrar a partir dels títols competencials) no es planteja, perquè és conseqüència necessària de practicar una distinció clara entre les dues naturaleses jurídiques, entendre que una (la de la llei orgànica) consisteix a incorporar un instrument normatiu en unes matèries⁵⁵ (entre les quals, els drets fonamentals) que, quan han estat objecte d'atenció de les llistes competencials,⁵⁶ es nuen a aquella forma legal en la mesura en què l'Estat té competència sobre elles (i l'art. 149.1.1 assegura, precisament, que no hi hagi cap dret sobre el qual l'Estat no tingui, almenys, una competència d'inici, de manera que s'integra així el contingut de la llei orgànica en tots els casos). El «desenvolupament» orgànic es mou així dins dels marges dels títols competencials estatals. D'aquesta manera s'assegura el respecte a les competències autonòmiques i s'evita afirmar el caràcter competencial de l'art. 81.1 de manera real, en comptes de negar-lo, en primer lloc, i acceptar-lo després en la pràctica, com acostuma a passar en la jurisprudència. Que la llei a la qual es refereix el precepte pugui ser solament estatal no evita que el principi d'autonomia exigeixi que la determinació del seu contingut hagi de fer-se d'acord amb el títol VIII, i les llistes competencials, en *aquelles matèries sobre les quals els títols contenen disposicions i són, així, objecte de repartiment competencial*. I és que els preceptes relatius al sistema de fonts i els que pertanyen a l'ordenació competencial no es poden ignorar mútuament, sinó interpretar-se de manera sistemàtica.

Naturalment, no són poques les ocasions en què la llei orgànica es troba, en l'art. 81.1 mateix i en altres articles de la Constitució, vinculada a la regulació d'aspectes que en res no afecten les comunitats autònomes i, per això, no són objecte d'aquelles llistes. En un Estat compost, sembla fora de discussió que hi ha qüestions la regulació de les quals, pel seu caràcter general o la seva vinculació amb l'Estat considerat globalment, correspon a les Corts Generals, ja que sobrepassen l'àmbit de possibilitats normatives de les comunitats autònomes. En aquests casos no es tracta, de fet, que sigui l'art. 81.1 el que atribueixi la competència a l'Estat, sinó

55. Com recorda De Otto, l'estructura de l'art. 81.1 és semblant a la de l'art. 19 de la Llei fonamental de Bonn, ja que s'efectuen previsions per als casos en què el legislador, per obra d'una altra norma, tingui poder per incidir de manera determinada sobre els drets fonamentals. És a dir, l'art. 81.1 «no dice qué derechos podrán ser objeto de desarrollo, sino tan sólo cómo habrá de ser formalmente este». Vegeu De Otto, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», a Martín Retortillo, De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pàg. 106. Refusa també l'ús de l'art. 81.1 com a títol E. Lucas Murillo de la Cueva, a *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, pàg. 267, si bé la seva opinió, com s'ha vist, varia en la seva obra de 1999.

56. Amb caràcter general, art. 149.1.1; i amb caràcter particular s'aprecia clarament en els art. 149.1.27 i 149.1.30, i es pot deduir una conclusió semblant d'altres apartats de l'art. 149.1.

que, en tractar-se de qüestions alienes a la dinàmica del repartiment, solament pot correspondre a l'Estat mentre una reforma constitucional no disposi expressament el contrari. La reserva de llei orgànica, més que atorgar cap competència, recorda en aquests casos que l'Estat la té per si mateix.⁵⁷ Cal pensar en el règim electoral general⁵⁸ i en les lleis orgàniques que regulen institucions i òrgans fonamentals de l'Estat (Defensor del Poble, Consell d'Estat, Tribunal de Comptes, Tribunal Constitucional, Forces Armades i de Seguretat de l'Estat) i també les aprovadores d'estatuts d'autonomia, les de l'art. 93 o 150.1 i d'altres de menor entitat.⁵⁹

Quan això no és així, i una matèria, al·ludida per una reserva de llei orgànica, és objecte de repartiment competencial, encara hi ha menys raons per convertir l'art. 81.1 en un títol competencial autònom al costat (i malgrat) dels títols autèntics.⁶⁰ Com ja s'ha dit, els preceptes del sistema de fonts i els del sistema de distribució competencial han d'interpretar-se sistemàticament i no ignorar-se entre ells. L'Estat és competent sobre la matèria «drets fonamentals» perquè aquests formen part de la de l'art. 149.1.1 («drets i deures constitucionals»). L'art. 81.1 es refereix a la funció que l'Estat exercirà sobre aquests, cosa que obliga a l'ús d'una forma legislativa concreta. Així, un precepte, referit a la forma normativa, complementa el que, per la seva banda, preveu la matèria i disciplina fins a quin punt aquesta correspon a l'Estat. No ens trobem davant de dos títols competencials, sinó davant d'un títol competencial i una norma del sistema de fonts que li aporta una dada quant a l'element funcional. Aquesta dada, com que formulada en termes vagues, ha estat acabada de perfilar per la jurisprudència, pel que fa a quins, d'entre tots els drets, es veuen afectats, i on arriba la noció de «desenvolupament», que si des d'un punt de vista literal es podria estendre fins i tot més enllà de les meres «condicions bàsiques», les «bases», etc., solament podria referir-se al desenvolupament directe, que és el que dicta l'Estat quan fa ús de l'art. 149.1.1.⁶¹ Així, la inclusió d'una/es matèria/es en les llistes cal que sigui una dada rellevant per a l'interpretar, que el porti a no elevar a la categoria de títol competencial independent una disposició destinada a definir la forma de la norma i

57. I no es troben els drets i deures fonamentals entre aquestes qüestions. La STC 25/1991 va intentar fonamentar el contrari, en afirmar rotundament que no es troben afectats per l'estructura de l'Estat (FJ 5). De la incorrecció d'aquesta tesi, abandonada de fet posteriorment pel Tribunal mateix, se n'ha ocupat Barceló a *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Barcelona, 1991, pàg. 70, qualificant-la de «mera valoración axiológica».

58. Que segons la STC 38/1983, de 16 de maig, comprèn les eleccions generals, locals i al Parlament Europeu. En el cas dels municipis es planteja, tanmateix, el dubte de si l'art. 140, en referir-se a la llei que els ha de regular, conté o no la competència per a l'Estat fent així innecessari qualsevol recurs a l'art. 81.1. La Sentència citada va entendre la possibilitat negativa. L'opinió contrària es pot veure argumentada a Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, pàg. 105-106.

59. Com aquella a la qual al·ludeix l'art. 57.5, per exemple.

60. Viver acull aquesta tesi a *op. cit.*, pàg. 106. Indica que el principi de completesa de les llistes competencials solament pot ser exceptuat atorgant valor habilitant a un precepte aliè a aquestes llistes quan una matèria no es pot emmarcar en elles.

61. Independentment del fet que les condicions bàsiques puguin estendre's més enllà del desenvolupament directe, la previsió de l'art. 81.1 afectarà solament les que s'identifiquen amb aquell. Igualment, si quan en algun dret concret s'entengués que algun títol més específic subsumeix l'art. 149.1.1 (com podria entendre's, per exemple, en el cas de l'educació des d'una interpretació determinada de l'art. 149.1.30), el que fins aquí s'ha dit seria igualment aplicable en referència ara al títol específic.

que serà aplicada conjuntament amb el títol però que no ha de constituir un altre de nou. Això és coherent amb la naturalesa de cada un dels preceptes i amb el principi d'autonomia.

D'altra banda, com ja es va indicar, el fet que s'estableixi l'abast dels art. 81.1 i 149.1.1 de manera separada dona com a resultat l'existència de dos títols per aplicar successivament i es planteja, a més, el problema de conèixer per què allò que s'atorga a l'art.149.1.1 (l'objecte del dret) no s'ha atorgat a l'art. 81.1 (ja que no es veu per què l'objecte esmentat no ha de ser matèria orgànica).

Enfront de totes aquestes consideracions contràries a l'ús de l'art. 81.1 com a títol competencial, cal indicar que la doctrina ha oposat diverses vegades arguments a la no-acceptació d'aquest ús i a la utilització dels títols competencials per mesurar el contingut de la llei orgànica, que convé examinar a continuació.⁶²

a) Aquesta utilització, acollida en el vot particular a la Sentència 5/1981 i seguida en la doctrina per De Otto, va ser criticada per Pemán per entendre, contra el que expressava al vot, que la consideració com a espècie dins del gènere «desenvolupament» de les «normes bàsiques» no és correcta, en particular perquè aleshores no s'explica la possibilitat, acollida jurisprudencialment, de normes bàsiques relatives a drets fonamentals en la llei ordinària o mer reglament.⁶³ Certament, sembla que aquí existeix una contradicció entre el vot i la possibilitat citada de normes no orgàniques però bàsiques, i la crítica de Pemán és encertada. Ara bé: aquesta contradicció es deu al fet que el vot i la Sentència 137/1986 s'obliden d'incorporar l'element de «directe» que qualifica, segons la jurisprudència, el desenvolupament orgànic. No és tot el que cap dins de l'art. 149.1.1, 149.1.30, etc., el que constitueix aquest desenvolupament orgànic, sinó el que sobre la seva base es dicti i sigui emmarcable en aquest concepte de «desenvolupament directe», el que es correspondrà amb bona part del que comprenen les condicions bàsiques.⁶⁴ Naturalment, en el cas, per exemple, de l'educació, serien possibles altres normes de desenvolupament (però ja no directe), dins de normes bàsiques i amb caràcter ja ordinari (o fins i tot reglamentari en la mesura en què s'admeti l'ús del reglament per regular allò bàsic, cosa que la jurisprudència accepta tot i que de manera restrictiva). El que vot i Sentència

62. També hi ha hagut autors que han donat per cert aquest caràcter competencial de l'art. 81.1 en relació amb els drets i deures tot i que sense entrar a fons en l'anàlisi de la qüestió, almenys com ho ha fet Pemán, a les tesis del qual s'alludirà en les línies següents. Vegeu-ne, entre d'altres, Baño León, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pàg. 278-279. Per a aquest autor, el precepte no és en teoria un títol, però a la pràctica posseeix aquesta comesa. També López Guerra, L., a «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE», a *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (dir: A. Pérez Calvo), MAP, Madrid, 1990, pàg. 93.

63. Vegeu *Igualdad...*, *op. cit.*, pàg. 217. També a «Leyes orgánicas: concepto...», *op. cit.*, pàg. 167, crítica per idèntica raó Lasagabaster per adoptar la proposta de De Otto i del vot particular de la STC 5/1981.

64. La caracterització de les condicions bàsiques com a espècie del gènere «bases» amb contingut inferior a qualsevol altre espècie d'aquest gènere, vaig tractar-la a «Distribución...», *op. cit.*, pàg. 26. Cal advertir, malgrat tot, que la jurisprudència constitucional no és procliu a considerar les condicions bàsiques com una de les variants d'allò bàsic. A part d'això, i com s'ha dit, la solució plantejada seria possible igualment si s'entén que l'art. 149.1.30 subsumeix, en virtut del principi d'especialitat, l'aplicació de l'art. 149.1.1.

diuen és que l'art. 81.1 no pot portar l'Estat a anar més enllà del que li donen els seus títols, però no es diu que calgui (no podria, pel caràcter de «directe» del desenvolupament orgànic) estendre allò orgànic a tot el que els art. 149.1.1 i, en el supòsit tractat, l'art. 149.1.30 permetin.

b) Aquest autor entén igualment que, encara que s'acceptés la doctrina de la Sentència 137/1986, quan l'Estat tingués conferida la regulació bàsica sobre un dret, de manera que s'enfoqués en aquests casos el tema des de l'art. 149.1, en aquells drets sobre els quals l'Estat no té atribució competencial específica la reserva de llei orgànica opera com a títol competencial estatal, de manera que l'eventual llei orgànica de desenvolupament del dret haurà de ser respectada per les comunitats autònomes, fins i tot en el supòsit que aquestes tinguin competències en la matèria en virtut dels seus estatuts, sempre que, és clar, la llei orgànica es mantingui dins del seu àmbit estricte.⁶⁵ Per tant, no li sembla correcte que la solució de la Sentència 137/1986, per a quan coexisteix la reserva de llei orgànica amb una previsió competencial específica, sigui aplicada quan no es produeix aquesta previsió.⁶⁶

Passa, tanmateix, que això no s'esdevé si considerem que l'art. 149.1.1, com ja van avançar Aja i Tudela,⁶⁷ és un títol competencial que, com ha raonat aquest últim autor, es refereix a tots els drets i deures constitucionals, i amb un contingut funcional que, tot i que dubtós, sembla que no és impossible de desxifrar.⁶⁸ No hi ha drets sobre els quals l'Estat no tingui atribució competencial: sempre trobarem, si més no, la suficientment específica de l'art. 149.1.1 per fonamentar-la.

c) D'altra banda, cal recordar que la Sentència 137/1986, alhora que enuncitava la seva nova concepció sobre la llei orgànica, que la doctrina va rebre de manera diversa,⁶⁹ afirmava sobre el paper la no-competencialitat de l'art. 81.1 («en el Estado de las autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de la competencia a un cierto ente»). Per a Pemán, en canvi, això és acceptable solament quan la font de la qual es tracti pugui procedir de manera indistinta de qualsevol dels ens que hi concorren, però no quan es tracta d'una font que és privativa d'un d'aquests.⁷⁰ I aporta dos arguments:⁷¹

65. Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pàg. 227.

66. Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pàg. 223.

67. Vegeu Aja, «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», a *La función...*, op. cit., pàg. 37; Tudela, *Derechos...*, op. cit., pàg. 309 i seg., i 381 i seg.

68. Vegeu, sobre això, Tudela, *Derechos...*, op. cit., pàg. 309 i seg., i també el meu treball «Distribución...», op. cit., pàg. 21 i seg.

69. Aja qualifica com a encertat el criteri que s'hi adopta sobre la relació entre llei orgànica i llei autonòmica, si bé entén que aquest queda desvalorat en permetre's que el legislador estatal pugui dictar preceptes no bàsics que seran supletoris en algunes comunitats autònomes. Barceló i Lasagabaster subratllen les disfuncionalitats a les qual pot donar lloc en relació amb la posició diferent en què queden la llei ordinària i la llei autonòmica enfront de la llei orgànica i manifesten per això la seva preferència per les tesis d'Ignacio de Otto i del vot a la STC 5/1981. Vegeu, respectivament, *Comentario...*, op. cit., pàg. 1195; *Derechos...*, op. cit., pàg. 101, i «Sobre las leyes orgánicas», RVAR, núm. 17, 1987, pàg. 66.

70. Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pàg. 221. En aquest punt coincideix també Lasagabaster, a «Los artículos 149.1.1 y 20.4 de la CE y los derechos lingüísticos», a *La función...*, op. cit., pàg. 79.

71. Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pàg. 221.

a) Si la reserva de llei estatal en matèria tributària ha restringit els poders dels ajuntaments per regular els tributs, atesa la seva manca de potestat legislativa, un plantejament semblant s'ha de sostenir respecte de la llei orgànica i les comunitats autònomes.

b) Fora de les llistes competencials, han estat reconeguts preceptes amb tal naturalesa per part de la jurisprudència constitucional. En particular, examina els casos de l'art. 3.2 (llengües autonòmiques), 4.2 (banderes i ensenyes autonòmiques) i diversos principis generals incorporats a la Constitució o deduïbles d'ella (llibertat de circulació de persones o béns, principi de solidaritat, unitat de l'ordre econòmic), encara que en aquest últim cas la seva funció sol ésser hermenèutica, així com el règim electoral local, que una sentència (38/1983) va fonamentar en l'art. 81.1.

Quant al primer dels arguments exposats, sembla que la posició constitucional de comunitats autònomes i ens locals, molt diferent, i el relleu de l'existència de les llistes de repartiment competencial entre Estat i comunitats autònomes dificulten practicar aquest paral·lelisme.

Té més relleu el segon, relatiu a l'existència de preceptes amb naturalesa competencial fora de les llistes competencials. Tot i això, passa que es tracta o de supòsits en els quals, com indica Pemán, el precepte constitucional corresponent compleix més aviat una funció hermenèutica, o bé d'altres en què la matèria no és objecte de les llistes competencials.⁷² En aquest últim cas, abans de resoldre no s'ha deixat generalment d'acudir a elles a la recerca d'algun títol, de manera que solament en no trobar-lo en les llistes s'ha recorregut a fonamentar-lo en un altre lloc (especialment expressiva sobre això, quant a l'art. 3.2, és la Sentència 82/1986, FJ 4).⁷³

En definitiva, es parteix en aquestes línies d'una tesi que, si es vol expressar de manera negativa, és la contrària a la que es troba implícita en la Sentència i de forma expressa al vot particular quan diu que «*El título VIII de la Constitución ha de interpretarse a partir del siguiente presupuesto: las competencias que en ese título se distribuyen entre el Estado y las comunidades autónomas son sólo las que no se han atribuido en otros preceptos ajenos a este título con exigencia de determinadas formas jurídicas que, por definición, sólo puede utilizar el Estado [...]*» (apartat 3). Enfront d'això, entenc que, en ser la principal i única, a més d'evident, funció de les llistes del títol VIII atribuir matèries sobre les quals recauen funcions, la frase s'ha d'invertir i entendre que un precepte constitucional que exigeix determinades formes jurídiques (i relatiu, per tant, en última instància a la funció) no pot eximir l'interpret a recórrer en primer lloc per trobar l'atribució de la matèria a l'Estat i els termes d'aquesta (en definitiva, el contingut de la norma la forma de la qual l'art. 81.1 defineix genèrica-

72. Segurament perquè de la naturalesa mateixa de l'objecte per regular es deriva que solament a determinades comunitats autònomes i no a les altres ni a l'Estat pot correspondre'n la regulació —art. 3.2, llengües autonòmiques—, o a cada comunitat, però no a l'Estat —art. 4.2, banderes i ensenyes autonòmiques. Quant al règim electoral, ja s'ha fet referència al tema abans.

73. Sobre la qüestió, es pot veure Aparicio Pérez, M. A., «Lengua y modelo de Estado», *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998, especialment pàg. 40-44. Quant a la necessària preferència dels títols competencials a l'hora de fonamentar competències, recordeu l'opinió de Viver a *Materias...*, pàg. 106, citada abans.

ment)⁷⁴ a les llistes competencials, i que solament es pot entendre que una matèria és deferida a un ens en un precepte diferent del títol VIII de la Constitució quan sobre aquesta matèria aquestes llistes no disposin res, perquè, en cas contrari, cal recórrer-hi abans que a cap altre precepte i, pel que fa al drets i deures, l'existència de l'art. 149.1.1 compleix aquesta funció d'atribució material expressa.⁷⁵ L'existència d'un títol la matèria del qual són els «drets i deures constitucionals» no es pot buidar de significat i desplaçar-la mitjançant una norma relativa al sistema de fonts, sinó que cal interpretar-la conjuntament i sistemàticament amb aquesta. Aquest raonament és el que, al meu parer, hauria d'haver portat a terme la Sentència per tal de poder ser coherent amb el seu punt de partida inicial, relatiu a la no-competencialitat de l'art. 81.1.

b) Dret, matèria o sector i art. 149.1.1

Una altra qüestió dubtosa és la distinció entre els «aspectes essencials del dret» i la «matèria». Aquells, deferits a l'Estat segons la Sentència per l'art. 81.1 CE. Aquesta, la «*materia sobre la que se proyecta el derecho*» al legislador ordinari, «*estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma*». El vot particular critica aquesta distinció que fa la Sentència, i entén que es confonen la regulació de l'exercici amb aquesta regulació de la matèria, de manera que un dret, sosté el vot, solament es projecta sobre àmbits (civil, penal, etc.), però no sobre «matèries», i solament pot projectar-se quan ha estat desenvolupat i s'han regulat les condicions del seu exercici.

La distinció efectuada per la Sentència recorda, encara que no es correspon exactament amb ella, la practicada a la STC 61/1997. En aquesta s'assenyalava que «*las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en que éstos se insertan*» (FJ 7 b). Dins dels drets i deures esmentats considerats per ells mateixos, distingeix com a qüestions que cal regular, partint de l'art. 149.1.1, com es va indicar, dos grups: d'una banda, el contingut primari del dret i les posicions jurídiques fonamentals (facultats elementals, límits essencials, deures fonamentals, prestacions bàsiques, certes premisses o pressupòsits previs) (FJ 8); de l'altra, criteris que guarden una relació necessària i immediata amb les condicions bàsiques anteriors, com són l'objecte o àmbit material sobre el qual recauen les facultats que integren el dret; els deures, requisits mínims o condicions bàsiques en què ha d'exercir-se el dret, i els requisits indispensables i el marc organitzatiu que en possibiliten l'exercici (FJ 8). Fora de tot això, que és l'objecte que cal regular sobre la base de l'art.149.1.1,⁷⁶ quedaria el sector material en què el dret o el deure s'insereixen.

74. Altre cop cal recordar l'opinió citada de De Otto sobre l'estructura de l'art. 81.1 i el fet que solament efectua una previsió sobre la forma, i no una atribució sobre la matèria, per la qual cosa cal recórrer a l'art. 149.1.

75. També Viver i Pi-Sunyer es mostra favorable al fet que en matèria de drets i deures fonamentals no es parteixi de l'art. 81.1 sinó de la llista del 149 per fonamentar la competència estatal (*ibidem* pàg. 98-100).

76. I segons la Sentència sense establir bases, sinó en ús d'una competència exclusiva, qüestió que no deixa de resultar polèmica i a la qual vam fer referència abans, i l'anàlisi detallada de la qual no és possible de fer ara.

Dit això, s'observa que allò que es vincula a l'art. 149.1.1 es correspon amb bastant exactitud amb el que coneixem per contingut del dret o deure, i es pot entendre que la noció de sector material fa referència a l'exercici i compliment d'uns i altres i a qüestions ulteriors externes a aquests.

Això és així a la STC 61/1997. Ara bé: a la STC 173/1998 la distinció que es practica és la que distingeix entre, d'una banda, la regulació dels aspectes essencials, el desenvolupament directe del dret fonamental considerat en abstracte o «*en cuanto tal*» (reservat a l'Estat *ex art.* 81.1: *vid.* FJ 7) i, de l'altra, la regulació de la matèria sobre la qual es projecta el dret (reservada al legislador ordinari, estatal o autonòmic, amb competències sectorials sobre aquesta: FJ 7). Davant d'això, cal preguntar-se si aquesta referència a la matèria és equivalent a la del sector material de la STC 61/1997. Tot apunta que no equival exactament, perquè amb «matèria» s'al·ludeix a la STC 173/1998 al règim jurídic de les associacions creades a l'empara del dret d'associació, el que es correspondria també amb la idea de regulació de l'objecte o àmbit material sobre el qual recauen les facultats que integren el dret, i que en el cas del dret d'associació és la mateixa associació. A més, el que en la STC 61/1997 era el sector material (l'urbanisme), en la STC 173/1998 no pot ser-ho l'associació (objecte del dret), sinó, en tot cas, el dret civil, com apunta el vot particular.

Per tant, en parlar de matèria en la STC 173/1998 s'està fent referència no només a les qüestions relatives al sector material, sinó també a la regulació del mateix objecte del dret. D'aquesta manera, les distincions practicades per una i altra sentències no són exactament paral·leles. De les dues, la de la STC 61/1997 té l'avantatge d'adequar-se més clarament a la distinció entre contingut (o desenvolupament) i exercici.⁷⁷

Per discernir el camp d'aplicació de l'art. 149.1.1, entenc que la distinció entre desenvolupament d'un dret i la regulació del seu exercici, i no una altra, ha de ser acollida. És cert que té contorns complexos, i no falten autors que la relativitzen.⁷⁸ Tanmateix, i malgrat les notables dificultats que sorgeixen en intentar definir i separar les dues zones, sembla que, com ja va exposar De Otto, de la Constitució mateixa es dedueix que «*es aplicable [...] la clásica distinción de las reservas entre aquellas que se refieren al simple ejercicio, cuya aplicación no añade ni quita nada al derecho constitucionalmente reconocido [...] y [...] aquellas otras en las cuales lo que se encomienda al legislador es la propia configuración o delimitación del derecho*».⁷⁹ I és que,

77. D'altra banda, la referència a la matèria és un xic equívoca: el mateix dret és matèria del títol de l'art. 149.1.1. D'igual manera, en les sentències que cita la STC 173/1998 com a suport per a la distinció que realitza (STC 67/1985, 157/1992, 127/1994 i la mateixa 61/1997), la distinció que preval, expressament o tàcitament, és la que es refereix a contingut i exercici, a més de no atorgar-se a cap d'elles el valor que és dóna en la STC 173/1998 a l'art.81.1 de reservar matèries a l'Estat.

78. Així, per a Jiménez Campo, qualsevol desenvolupament dels drets implica regulació del seu exercici (o si es prefereix: regular l'exercici és també desenvolupar el dret), i qualsevol límit de l'exercici del dret també ho és del seu contingut. No és possible acceptar, segons el seu parer, una separació entre desenvolupament i exercici pel qual les normes que regulen aquest, per no afectar el contingut, permetrien més llibertat al legislador. Vegeu «El legislador de los derechos fundamentales», a *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pàg. 502, i «Art. 53.1: protección de los derechos fundamentales», a Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, tom IV, Edersa, Madrid, 1997, pàg. 476-477.

79. De Otto, I., «La regulación del ejercicio...», *op. cit.*, pàg. 104.

com indica el mateix autor, «regular el ejercicio del derecho supone a todas luces que éste se encuentra delimitado constitucionalmente».⁸⁰ Atès el caràcter abstracte de les normes constitucionals, també relatives a drets, això obliga a precisar el contingut d'aquests, cosa diferent de regular-ne l'exercici. De Otto entén que el primer podrà fer-lo la doctrina jurisprudencial, però sembla més adequat afirmar, seguint Cruz Villalón,⁸¹ que en primer terme correspon als legisladors constituïts, cada un en el marc de les seves competències, sota el control últim eventual del Tribunal Constitucional; en definitiva, com va exposar Böckenförde, en aquesta tasca el Tribunal Constitucional té supremacia, però el legislador conserva la preferència.⁸² La Sentència 61/1997 acull la distinció de manera parcial, distingint dos elements, dret i sector material en el qual se situa aquest. No parla expressament de desenvolupament i exercici (probablement perquè s'està davant d'un dret aliè a la secció primera, on la distinció pren, per raons òbvies, relleu no solament teòric sinó també pràctic), però pot admetre's l'existència d'una correspondència entre els quatre conceptes dos a dos, si bé el de «sector material» pot comprendre, a més de la regulació de l'exercici, altres qüestions ulteriors de caràcter molt més accessori.

Acceptada la utilitat de la distinció, el pas següent que al meu parer s'ha de donar és el de referir l'art. 149.1.1 a la regulació d'aquest contingut, de manera que sigui el títol de l'Estat (llevat que n'hi hagi un altre de més específic en el cas concret) per fixar el contingut del dret o deure; contingut que, quan ens trobem davant els drets al·ludits per la reserva de llei orgànica i en la mesura en què s'estigui regulant el desenvolupament directe,⁸³ serà contingut en llei del caràcter esmentat, però no perquè l'art. 81.1 apoderi competencialment l'Estat o li reservi cap matèria, en contra del que es deriva del text de la STC 173/1998, sinó que tal cosa la fan els títols competencials, amb l'art. 149.1.1 en primer terme. Si no s'entengués així, paradoxalment, l'art. 149.1.1 tindria un objecte diferent en relació amb els drets al·ludits per l'art. 81.1 que amb la resta. En uns, un desenvolupament secundari; en altres, també el primari. Es pot justificar això solament per l'operativitat en el primer cas de l'art. 81.1? Més lògic hagués estat per part del Tribunal aplicar la mateixa doctrina de la STC 61/1997 i partir de l'art. 149.1.1 com a fonamentador de la competència de l'Estat, alhora que conservant una funció de límit negatiu, essent la llei orgànica la forma de part de les normes dictades a la seva empara, independentment del fet que, a aquestes, les acompanyessin altres qüestions, connexes i de rang ordinari, fonamentades en aquest o altres títols estatals o, en relació amb les comunitats autònomes encara no competents en la matèria, en la clàusula residual, amb valor supletori per a les altres.⁸⁴ En definitiva, sembla que si ha de tenir alguna di-

80. De Otto, I., «La regulación del ejercicio...», *op. cit.*, pàg. 155.

81. Cruz Villalón, P., «Derechos fundamentales y legislación», a *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pàg. 421-423.

82. Böckenförde, E. W., «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», a *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pàg. 130.

83. Com s'ha dit, l'art. 149.1.1 pot permetre que l'Estat reguli també qüestions de desenvolupament no directe, prèvies a la regulació de l'exercici.

84. Penseu, a més, que si la solució adoptada per la Sentència present s'hagués aplicat al cas de la STC 137/1986, hauríem tingut tres preceptes atributius de competència: el 81.1, el 149.1.1 i el

ferència de contingut una norma de desenvolupament d'un dret respecte a la d'un altre, no ha de venir pel joc o no de l'art. 81.1, sinó per l'abast de les competències respectives i, en tot cas, per la natura del dret, que demanarà una menor o major intervenció legislativa i de caràcter divers segons es tracti d'un dret de llibertat, de participació o de caràcter eminentment prestacional.⁸⁵

7. Conclusions

A l'hora d'extreure conclusions de les reflexions que suscita la lectura de la Sentència 173/1998, una sembla destacar per damunt de les altres: continua sense resoldre's amb claredat en la jurisprudència la relació entre reserva de llei orgànica i títols competencials, i s'ha perdut una oportunitat de refermar clarament la línia traçada per la STC 61/1997, compatibilitzant-la ara amb la presència de l'art. 81.1. Davant d'això, es parteix d'un punt de partida (la no-competencialitat de l'art. 81.1) al qual segueixen altres dues premisses (la no-coextensió de l'abast de la reserva de llei orgànica i dels títols competencials estatals en joc i la necessitat de cohonestar uns i altres), per concloure, d'una manera que no sense raó ha pogut qualificar-se de "desconcertant",⁸⁶ fent un ús dels art. 81.1 i 149.1.1 amb el qual en cap moment els dos preceptes arriben a entrar en relació, i del qual es desprèn que cadascun d'ells defereix al legislador estatal qüestions diverses, per molt diferent que hagués estat la intenció inicial de la Sentència, el text de la qual, potser a causa del complex procés d'elaboració i discussió (a una Sentència, a més, amb un vot particular de cinc magistrats propugnants de la plena competencialitat de l'art. 81.1, la interpretació àmplia de l'abast del desenvolupament orgànic i el confinament de les competències autonòmiques a extrems testimonials) deixa el problema analitzat molt més obert, en qualsevol cas, del que va quedar amb la STC 137/1986, que al cap i a la fi havia aconseguit combinar gairebé sense elements polèmics la relació entre reserva de llei orgànica i títols competencials. D'altra banda, sobre la funció de l'art. 149.1.1 sorgeixen alguns (nous) dubtes; per citar-ne dos, el primer giraria entorn del seu caràcter de títol que no delimita cap àmbit material exclouent i la relació de les normes dictades sobre la seva base amb les autonòmiques, disposada a l'estil de la concurrència perfecta de sistemes com l'alemany; i el segon, entorn de l'aplicació de la distinció que es fa entre dret i sector, condicionada pel paper prèviament atorgat a l'art. 81.1. Sembla, en definitiva, que el desvetllament d'aquestes incògnites haurà d'esperar a posteriors pronunciaments de l'alt Tribunal, que segurament haurien de trobar suport en aquests aspectes en postulats quelcom diferents als de la Sentència 173/1998.

149.1.30. En concórrer aquest últim, i atesa la presència del primer, l'art. 149.1.1 hauria esdevingut completament inútil, tot i ser un títol competencial en sentit propi, a diferència de l'art. 81.1. D'altra banda, en concórrer aquest, l'art. 149.1.30 tindria també bastant de duplicitat innecessària d'aquest, tret que s'entengués més aviat dirigit cap a la regulació de l'exercici, malgrat que parla de normes bàsiques del desenvolupament.

85. Com exposa la STC 137/1986, «cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestacionales o de participación [...], el "desarrollo" de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir» (FJ 3). Vegeu, també, «Distribución...», *op. cit.*, pàg. 38-41.

86. En aquest sentit, vegeu Pascual Medrano, *op. cit.*, pàg. 1861.

8. Bibliografia

- Aja Fernández, E., «Comentario a la STC 137/86», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 67, 1986, pàg. 1190-1195.
- Albertí Rovira, E., «La noción de "bases" y el desarrollo estatutario», a *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, II, HAEE/IVAP, Oñati, 1991, pàg. 311-344.
- Aparicio Pérez, M. A., «Lengua y modelo de Estado», *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998, pàg. 31-48.
- Baño León, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988.
- Barceló Serramalera, M., *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Barcelona, 1991.
- Böckenförde, E. W., «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», a *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- Cabellos Espiérrez, M. A., «Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas», *RVAP*, núm. 49, 1997, pàg. 9-63.
- Corretja Torrens, M., *La conflictivitat competencial. Article 149.1.1*, IEA, Barcelona, 1989.
- Cruz Villalón, P., «Derechos fundamentales y legislación», a *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pàg. 407-423.
- Chofre Sirvent, J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994.
- De Otto, I., «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución», a Martín Retortillo i De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pàg. 95-172.
- «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las comunidades autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RVAP*, núm. 10, 1984, pàg. 53-72.
- De Pablo Contreras, P., «La "legislación civil" y la competencia autonómica en materia de asociaciones. (A propósito de la STC 173/98, de 23 de julio)», a *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, vol. I, pàg. 1831-1844.
- González Encinar, J. J., *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Jiménez Campo, J., «El legislador de los derechos fundamentales», a *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pàg. 473-510.
- «Art. 53.1: protección de los derechos fundamentales», a Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, tom IV, Edersa, Madrid, 1997.
- Lasagabaster, I., «Los arts. 149.1.1 y 20.4 de la CE y los derechos lingüísticos», a *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992, pàg. 75-94. Seminari celebrat a Barcelona el 7 de juny de 1991.
- «Sobre las leyes orgánicas», *RVAP*, 17, 1987.

- «El derecho de propiedad urbana y el art. 149.1.1 CE», RVAP, núm. 50, 1998.
- Leguina Villa, J., «El principio de competencia y la supletoriedad del Derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, setembre-desembre de 1997, pàg. 9-24.
- López Guerra, L., «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE», a Pérez Calvo (dir.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, MAP, Madrid, 1990, pàg. 79-94.
- «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE», a *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992, pàg. 11-26. Seminari celebrat a Barcelona el 7 de juny de 1991.
- Lucas Murillo de la Cueva, E., *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996.
- *Igualdad y autonomía. Las competencias sobre asociaciones en la jurisprudencia constitucional*. Cuadernos Civitas, Civitas/IVAP, Madrid, 1999.
- Menéndez Rexach, «Las competencias del Estado y de las comunidades autónomas sobre el régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 153, abril-maig de 1997, pàg. 35-71.
- Pascual Medrano, A., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, sobre la Ley vasca de asociaciones», a *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, vol. I, pàg. 1845-1864.
- Pemán Gavín, J., «Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes», a S. Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991, pàg. 135-168.
- *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.
- Viver i Pi-Sunyer, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988.
- Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP, 1994.