

COMENTARIOS Y NOTAS

LA RELACIÓN ENTRE LEY ORGÁNICA Y COMPETENCIA PARA REGULAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. COMENTARIO A LA STC 173/1998, DE 23 DE JULIO

M. A. Cabellos Espiérrez

Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política
de la Universidad de Barcelona

Sumario

1. Introducción.
2. El objeto de la Sentencia.
3. El problema de la relación entre el art. 81.1 y los títulos competenciales relativos a derechos.
4. El problema de la interpretación jurisprudencial del art. 149.1.1. En particular, la Sentencia 61/1997.
5. La Sentencia 173/1998, de 23 de julio.
 - 5.1. Interpretación del art. 81.1.
 - 5.2. Interpretación del art. 149.1.1.
6. Análisis de las principales cuestiones problemáticas que plantea la Sentencia.
7. Conclusiones.
8. Bibliografía.

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, de 23 de julio,¹ supone la primera ocasión en que aquél tiene oportunidad de aplicar con detalle la doctrina sentada a propósito de la interpretación del art. 149.1.1 CE en la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, intentando superar los problemas a que en ella dio lugar un cierto apresuramiento en la puesta en práctica de los postulados teóricos contruidos para la solución de los problemas competenciales planteados. Al mismo tiempo, se incorpora un elemento que no concurría en la Sentencia de 1997: la necesidad de establecer la relación entre reserva de ley orgánica y títulos competenciales estatales y autonómicos proyectados sobre derechos afectados por aquélla, al estar en tela de juicio la competencia para la regulación de uno de ellos (el derecho de asociación), a diferencia de lo que sucedía en la Sentencia 61/1997, construida en torno al derecho de propiedad.

Es la 173/1998 una sentencia en algunos aspectos problemática, y al tiempo oscura, donde lo que se omite es a veces tan relevante como lo que se expone, y en la que se manifiestan de modo especialmente claro los efectos del complejo proceso de construcción de una decisión jurisprudencial en el seno de un órgano colegiado y la incidencia que sobre la coherencia del razonamiento interno puede tener el conjunto de adiciones y sustracciones sucesivas sobre el texto inicial que exige la consecu-

1. Fue ponente de la misma el magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer.

ción de un texto final que suscite el consenso mínimo necesario dentro del órgano, consenso que en la presente Sentencia no alcanza a evitar la presencia de un voto particular a cuyo autor se adhieren otros cuatro magistrados.

Por las indicadas razones, que se suman a la complejidad del tema y a la dificultad de interpretar preceptos de un contenido tan abierto e implicaciones tan evidentes para el equilibrio competencial, algunas de las premisas que la Sentencia acepta no se corresponden con las conclusiones que finalmente se extraen. Ello ocurre, en particular, con la cuestión relativa al valor y la función del art. 81.1 y su relación con los títulos estatales (señaladamente el del art. 149.1.1) en que la premisa inicial avanzada por el Tribunal (la ausencia de valor competencial del art. 81.1) se matiza con posterioridad de un modo que por momentos alcanza lo críptico y desemboca en un resultado que, atendiendo a lo expuesto en el texto de la Sentencia, único objeto posible de la interpretación, poco se compadece de la inicial premisa, como por lo demás ha mostrado la doctrina que hasta el momento se ha dedicado a la exégesis de la Sentencia, en unos casos manifestando su preferencia por el resultado a que se ha llegado² y en otros, por el contrario, criticándolo.³

Antes, sin embargo, de iniciar el comentario de las cuestiones enunciadas, puede resultar de interés exponer brevemente el objeto de esta Sentencia, así como efectuar un breve recordatorio de cómo había venido tratando hasta ahora el Tribunal los problemas a que nos hemos de enfrentar.

2. El objeto de la Sentencia

Resuelve este pronunciamiento jurisprudencial el recurso de inconstitucionalidad planteado por el presidente del Gobierno contra la casi totalidad de los preceptos de la Ley del Parlamento vasco 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones. En él se mantiene que la Comunidad Autónoma excedió el marco de su competencia exclusiva *ex art.* 10.13 EAPV (en materia de «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares») al llevar a cabo en la Ley un desarrollo general del derecho de asociación vulnerando de este modo la reserva de Ley orgánica del art. 81.1, que el abogado del Estado entiende ha de interpretarse conjuntamente con los art. 149.1.1 y 139.1 CE, que fundamentarían, junto a los art. 149.1.6 y 149.1.8, la competencia estatal. Más allá de esto, y en cuanto a las asociaciones comprendidas en los específicos tipos citados por el art. 10.13, quedaría al legislador vasco un margen de actuación que, en opinión del abogado del Estado, habría de ceñirse a:

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

3. *Vid.* Pascual Medrano, A., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, sobre la Ley vasca de Asociaciones», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, tomo I, pág. 1845-1864, esp. pág. 1860-1861. Véase, asimismo, 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)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, tomo I, pág. 1843, que señala la falta de coherencia entre punto de partida y conclusión.

«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 [...]» (Antecedentes, 2.ª b).

Es por ello por lo que impugna una larga serie de artículos de la Ley a los que achaca tratar cuestiones centrales del contenido del derecho a las que no puede llegar la competencia autonómica⁴ y que serían, en opinión del abogado del Estado, nulos.⁵

Como se ve, la base de la impugnación parte de la acumulación de títulos competenciales con preceptos que no lo son, resultando el papel de cada uno de ellos difícil de precisar. Por contra, niega el letrado del Gobierno vasco toda vulneración de la reserva de Ley orgánica⁶ y rechaza que ésta otorgue al Estado competencia alguna, hallándose la clave, según entiende, en los títulos competenciales que la Constitución enumera (en este caso el del art. 149.1.1) junto al correspondiente del Estatuto. De una interpretación de aquél que parece considerarlo de una parte atributivo al Estado tan sólo de lo básico del desarrollo directo y, de otra, límite a toda normativa autonómica que se aparte de modo carente de fundamento de la estatal⁷ concluye la inexistencia de una competencia estatal sobre asociaciones (antecedentes 5.c.2) y afirma la competencia autonómica para el desarrollo legislativo del derecho de asociación con la única sujeción a las condiciones básicas del art. 149.1.1.⁸ A este planteamiento, que ciertamente en algunos puntos pudiera exce-

4. Así ocurre con el art. 2, que enumera una serie de principios generales (libertad y voluntariedad en la constitución de asociaciones; constitución de éstas con respeto al pluralismo y a los principios democráticos; libertad negativa de asociación; prohibición de discriminación por los poderes públicos por razón de la condición de miembro; organización y funcionamiento democráticos) relativos a la constitución de la asociación, su funcionamiento y organización, la condición de miembro y la libertad de no serlo o dejar de serlo. También cree el citado representante procesal que incurren en idéntico vicio el art. 4 (normativa aplicable a las asociaciones incluidas en el ámbito de la Ley), el 5 (requisitos para la constitución, número mínimo de personas, capacidad de los miembros, acuerdo asociativo y estatutos...), los art. 6 y 7 (estatutos: definición y contenido), 8 y 9 (inscripción registral y efectos), 11 (responsabilidad por no inscripción), 12 (organización y funcionamiento internos), 13 y 14 (derechos y deberes del socio), 18 (modificación de estatutos), 19 (extinción), 20 (separación voluntaria del socio) y 23 (uniones y federaciones de asociaciones).

5. Y no serían los únicos: también se impugnan los art. 12.3.3, 13.4.1 *in fine* y 21 por presunta vulneración de la competencia estatal contenida en el art. 149.1.6 CE, cuestión que no será objeto de estas páginas.

6. A su juicio, ni todos los derechos precisan desarrollo en Ley orgánica ni desde luego ésta puede interpretarse en su alcance de otro modo que no sea restrictivamente.

7. Interpretación por otra parte sumamente problemática, que constituye un reflejo de una línea jurisprudencial iniciada por la STC 87/1985 que interpretaba las posibilidades normativas autonómicas frente al art. 149.1.1 desde el punto de vista de la razonabilidad de las diferencias introducidas por las normas autonómicas respecto de las estatales y el no apartamiento arbitrario respecto de éstas.

8. Reconoce, por lo demás, que, en ausencia de ley orgánica previa, el legislador autonómico se ha visto obligado, por razones de complejidad y coherencia, a incorporar prescripciones provenientes de normas estatales diversas, estimando que esta circunstancia, no contraviniendo la Constitución y hasta que una ley orgánica posterior desplace estas disposiciones, no se traduciría sino, en última instancia, en una mera «inconstitucionalidad formal», no merecedora de nulidad en tanto que justificada por la garantía de la seguridad jurídica (ant. 5º).

der el tenor literal del art. 10.13 EAPV, se pueden reconducir también *grosso modo* lo esencial de las alegaciones del letrado del Parlamento vasco.

El Tribunal, por tanto, ha de enfrentarse a la (in)adecuación a la Constitución de los preceptos impugnados y para ello debe previamente definir el alcance y la aplicabilidad a este litigio de los art. 81.1 y 149.1.1, y la relación que se haya de establecer entre ellos. Por este motivo, antes de entrar en el análisis de cómo resuelve esta doble disyuntiva, acaso sea conveniente reflejar brevemente cómo la ha abordado en el pasado, a fin de poder comprobar posteriormente hasta qué punto completa, matiza o, en su caso, se aparta en esta Sentencia de sus pronunciamientos anteriores.

3. El problema de la relación entre el art. 81.1 y los títulos competenciales relativos a derechos

La reserva a la ley orgánica del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas planteó, ya en la STC 5/1981, de 13 de febrero, la incógnita de su relación con los títulos competenciales estatales y autonómicos. Desde la misma, como se verá, el Tribunal ha variado su punto de vista, pero en todo momento puede en realidad detectarse un elemento común: nunca ha llegado a negar la posible consideración del art. 81.1 como fuente de competencias para el Estado. Afirmada en la STC 5/1981, drásticamente recortada en la 137/1986 pero todavía aceptada de hecho, y de nuevo afirmada en la Sentencia de que trataremos por más que en ella se parta de lo contrario, lo cierto es que esa faceta competencial del art. 81.1 ha acompañado de una manera u otra a toda la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal estableció tal relación en términos que hallaron respuesta crítica en la doctrina, más proclive a las tesis del voto particular formulado a la misma por los magistrados Rubio y Arozamena. En la Sentencia, los art. 81.1, 149.1.1 y 149.1.30 eran utilizados en pie de igualdad para determinar la zona en la que las comunidades autónomas no podrían, en materia de educación, dictar normas.⁹ Ese uso conjunto, calificado por Chofre Sirvent de error conceptual,¹⁰ permitía, en palabras del mismo autor, «afirmar o negar simultáneamente el carácter orgánico de un precepto, y la competencia exclusiva del Estado en relación con el mismo».¹¹ Este punto de partida lleva, como apuntan los firmantes del voto, a que, siendo «las normas que se refieren al desarrollo de un derecho [...] un género del que forman parte “las que establecen las condiciones básicas para su

9. O, en términos negativos y como indican los firmantes del voto, «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». Sólo sobre tales materias conexas podrían dictar normas las comunidades autónomas competentes.

10. Chofre Sirvent, J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 149. De «error lógico» habla el voto particular. Por su parte, Pemán Gavín califica de «insostenible», a la vista de la propia jurisprudencia constitucional posterior, esta interpretación del Tribunal Constitucional. *Vid. Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 215.

11. Asimismo, para Pemán, la tesis del Tribunal supone atribuir a determinadas previsiones del art. 149.1 relevancia para decidir el ámbito material de la ley orgánica, e —inversamente— al 81.1 re-

ejercicio” y “las normas básicas para su desarrollo”, ello «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». Para el voto, en definitiva, el ámbito del desarrollo por ley orgánica en materia educativa no se extendería más allá del de los art. 149.1.1 y 149.1.30, que definirían así el alcance del desarrollo aludido por el art. 81.1, evitándose así que éste cobrara un carácter abiertamente competencial.

Por su parte, la STC 137/1986, de 6 de noviembre, abordaría el tema de una manera algo más cercana a la línea propuesta por el voto particular y acogida en la doctrina por De Otto,¹² pero no idéntica. De hecho, se halla en equilibrio entre la solución del voto (definición del ámbito de la ley orgánica por remisión a los títulos competenciales) y la consistente en definir dicho ámbito desde el propio concepto de «desarrollo» del art. 81.1, incluyendo para lograr un punto medio entre ambas posibilidades una intervención parcial de los títulos competenciales y el juego de la cláusula de supletoriedad.¹³

De una parte, para las comunidades autónomas que hayan adoptado competencias *ex art.* 149.1.30, es éste el que, proyectado sobre la ley orgánica, indicará qué es vinculante para las comunidades autónomas y qué meramente supletorio:

«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

Pero como se ve, parece partirse del hecho de que, por lo demás, el art. 81.1 permite fundar una regulación plena del desarrollo de los derechos, cuyos efectos se modulan según la Comunidad de que se trate. Ello no parece compadecerse mucho de lo que a continuación se indica:

levancia en el ámbito de la distribución competencial. *Vid.* Pemán Gavín, J., «Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes», en S. Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 163.

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, pág. 66-67.

13. Esta entrada de la supletoriedad para salvar así la posibilidad de que las leyes orgánicas excedan lo que como desarrollo les corresponde se debe, según Aja, a la fase inicial de construcción del Estado autonómico en que la sentencia se produce. *Vid.* Aja Fernández, E., «Comentario a la STC 137/1986», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 67, 1986, pág. 1195.

14. De hecho, como puede desprenderse de la propia jurisprudencia desde la STC 6/1982, de 22 de febrero, todo lo que pueda considerarse «desarrollo» no debiera retenerlo la ley orgánica en ningún caso, en tanto debe ceñirse al desarrollo directo.

«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, cursiva mía).

Si esto era así, resultaba probablemente más correcto definir el alcance de lo orgánico por referencia a los títulos competenciales estatales en juego (de modo que no pudiese sobrepasar el ámbito de éstos)¹⁵ y entender que, en cuanto a lo que excediese de lo anterior (exceso que debería revestir carácter de materia conexas y ser calificado por la propia ley orgánica como ordinario),¹⁶ el fundamento de la regulación estatal se hallaría simplemente en el hecho de que respecto de las comunidades autónomas que no hubieran asumido competencia, ésta había vuelto al Estado (art. 149.3 CE). El efecto de supletoriedad respecto a las otras se hubiera mantenido, por lo demás, exactamente igual.¹⁷ Naturalmente, de esta doctrina jurisprudencial podría derivarse la imposibilidad futura para el Estado de dictar leyes orgánicas con esa extensión mayor cuando todas las comunidades autónomas hubiesen asumido competencias sobre la regulación del derecho de que se trate, siendo entonces el límite marcado por el art. 149.1.1 (y eventualmente otros, según el derecho en juego) infranqueable para él, y habida cuenta de la imposibilidad para el Estado de dictar normas con la única vocación de ser supletorias aun en el caso de las competencias compartidas.¹⁸ No obstante, la configuración de Ceuta y Melilla como ciudades autónomas con sus actuales competencias puede permitir en la actualidad al Estado, como ha señalado un sector doctrinal, evitar aquel efecto y desactivar esa imposibilidad de ir más allá de sus propios títulos.¹⁹

15. Lo que no quiere decir que no pudiese ocupar un espacio menor, como se verá más adelante.

16. De lo contrario, si como hace la STC 137/1986 se acepta la existencia de normas con rango orgánico que valen sólo frente a determinadas comunidades autónomas, se plantean problemas de difícil solución: por ejemplo, cómo es posible que la ley autonómica pueda regular materias antes reguladas en ley orgánica prescindiendo en tal medida de ésta, o por qué la ley orgánica puede tener diferente alcance dependiendo de la comunidad autónoma ante la que nos hallemos. *Vid.* sobre estos aspectos, en sentido crítico, Tudela Aranda, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas/IVAP, Madrid, 1994, pág. 255-256; Lasagabaster Herrarte, I., "Sobre las leyes orgánicas", RVAP, núm. 17, 1987, pág. 66, y Pascual Medrano, A., "La Sentencia...". *op. cit.*, pág. 1853.

17. *Vid.* STC 147/1991, FJ 8.

18. Como indica la STC 118/1996, desarrollando la 147/1991: «[...] tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las 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. Sin embargo, esta opinión no es pacífica en la doctrina. *Vid.* por todos Leguina Villa, «El principio de competencia y la supletoriedad del derecho estatal», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, septiembre-diciembre 1997, pág. 20-21.

Así pues, en la STC 137/1986 se diluye el hipotético carácter competencial del art. 81.1, pero no se niega,²⁰ pues al no recurrir al binomio título competencial estatal más cláusula residual respecto a las comunidades autónomas no competentes en la materia, aquel precepto mantiene, pese a las afirmaciones del Tribunal,²¹ esa posibilidad de fundamentar competencias estatales por sí mismo. Como se verá, tras la STC 173/1998, el problema hasta ahora sumariamente descrito en torno a la relación entre reserva de ley orgánica y títulos competenciales no queda aclarado sino que, por contra, las incógnitas permanecen, aumentando si cabe en algunos aspectos.

4. El problema de la interpretación jurisprudencial del art. 149.1.1. En particular, la STC 61/1997

La jurisprudencia constitucional,²² hasta la STC 61/1997, se había aproximado en numerosas ocasiones al artículo 149.1.1 CE, con resultados muy diversos y sin llevar a cabo una construcción completa acerca de su significado, al tiempo que otorgándole los usos más variados. López Guerra ha reflejado esta multiplicidad de usos del precepto, que ha sido utilizado como título competencial genérico que cede ante otros más específicos, título que permanece unido a otros sin que se pueda adivinar su significación o utilidad y dirigido a preservar la igualdad, no quedando claro en estos casos su relación con preceptos como el 81.1 o el 53.1 CE, título específico que, a la hora de decidir es eludido y, finalmente, límite negativo para las comunidades autónomas.²³

En cuanto a las condiciones básicas, los pronunciamientos jurisprudenciales les han otorgado en no pocas ocasiones un alcance amplio. Con ello, la competencia del Estado se extendía a los más diversos ámbitos sin ningún criterio claro de delimitación de sus posibilidades de aplicación (o con alguno sumamente complejo de utilizar en materia competencial, como el de la razonabilidad)²⁴ que se revelase eficaz.²⁵ Por el contrario, en otros casos se alude a la «fundamentalidad» o

20. Lo que hace que, como indica Chofre, voto particular a la STC 5/1981 y STC 137/1986 transiten por vías diversas. Para este autor, mientras en aquel los títulos competenciales limitaban el alcance del art. 81.1, en ésta cada uno se mantenía en un plano independiente y la cláusula de supletoriedad venía posteriormente a cerrar 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).

22. Sobre ella puede consultarse, hasta 1993, la exhaustiva monografía de Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP, 1994, pág. 138 y ss. También hasta 1988, Corretja, M., *La conflictivitat competencial. Article 149.1.1*, IEA, Barcelona, 1989.

23. Vid. López Guerra, L., «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991. IEA, Barcelona, 1992, pág. 13-24.

24. Vid. STC 87/1985, de 4 de octubre, y STC 102/1985, de 4 de octubre, 48/1988, de 22 de marzo, 227/1988, de 29 de noviembre, 100/1991, de 13 de mayo, 136/1991, de 20 de junio, y 108/1993, de 25 de marzo.

25. Así, el Tribunal ha dado a entender que dicha noción abarcaría cualesquiera limitaciones al ejercicio de los derechos (STC 49/1984, de 5 de abril) o que la competencia estatal ex art. 149.1.1 se traduciría también en el desarrollo reglamentario hasta extremos de detalle (STC 64/1989, de 6 de abril), algo que ya se había dado por correcto en la STC 77/1985, de 27 de junio, a fin de evitar «diver-

«esencialidad» de lo que han de cubrir las condiciones básicas²⁶ e incluso, con menor frecuencia, se identifican concretas condiciones que responden a esos caracteres.²⁷

No es éste el único problema no resuelto por la jurisprudencia: el carácter de la igualdad perseguida (meramente formal, o bien real) o el ámbito de derechos afectado, con las dudas relativas a los incluidos entre los principios rectores, son otros. Como se ve, puede concluirse que la andadura jurisprudencial en torno a este precepto constitucional no ha sido ni lineal ni armónica, y ha respondido en muchas ocasiones más a las exigencias de solución del caso concreto que a la voluntad de sentar una teoría general aplicable a los litigios que sucesivamente se fueran planteando. Algunas conclusiones, eso sí, pueden extraerse de esta primera fase jurisprudencial: por una parte, el Tribunal rara vez ha conectado expresamente esas condiciones básicas con la técnica bases-desarrollo,²⁸ lo que no es ajeno a la ausencia de criterios claros sobre el contenido del art. 149.1.1; por otra, aquéllas han sido entendidas en la mayoría de los casos como referidas a las de carácter jurídico y, por último, el Tribunal siempre ha sido reacio a conectar de manera clara el art. 149.1.1

gencias en el desarrollo normativo de la ley que puedan vulnerar las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles» (FJ 18). Otro caso en que el art. 149.1.1 ha cobrado una amplia virtualidad a través de la interpretación jurisprudencial es el de aquellas sentencias en las que el Tribunal ha apoyado en él el *spending power* estatal, como cuando en la STC 64/1989 (y en otras que la siguieron: 189/1989, 190/1989, 191/1990) se justificó la concesión de una serie de ayudas a la prensa por parte del Estado en que ello se revelaba como indispensable para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz. Más adelante, la STC 13/1992, de 6 de febrero, en su FJ 7, reafirmó esa conexión con el *spending power* estimando 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 necesiten, en ejecución de mandatos o cláusulas genéricas (art. 1.1 o art. 9.2 CE) [...]».

26. Habla así el Tribunal de «posiciones jurídicas fundamentales» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) o de una igualdad de trato que recaiga sólo sobre «lo esencial» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9) o de regular unos «principios básicos» (STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8). Con semejante ánimo restrictivo se formulan las STC 82/1986, de 26 de junio, 52/1988, de 24 de marzo, y 225/1993, de 8 de julio. Especial interés posee la STC 156/1995, de 28 de noviembre, para la cual corresponde al Estado mediante el 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, así, a las condiciones básicas la distinción entre contenido o desarrollo primario y ejercicio que al concepto más general de bases aplicaba la STC 102/1995, de 26 de junio, que refería a éste el establecimiento de un régimen jurídico básico, como presupuesto de la garantía a todos de un «disfrute» (=ejercicio) del derecho (FJ 17).

27. Así, se identifican como condiciones básicas cuestiones relativas a los caracteres fundamentales del derecho o deber (*vid.* STC 87/1987, de 2 de junio); a la regulación no del derecho/deber en sí sino de aspectos organizativos que hagan posible el posterior ejercicio de aquél (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 27.a; 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 4; 154/1988, de 21 de julio, FJ 5), o a la definición y ordenación del objeto del derecho, en general o, en ciertos supuestos en que ese objeto se resuelve en una prestación, la determinación de los requisitos mínimos de calidad de la misma (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 27.c; 32/1983, de 28 de abril, FJ 2 y 3, y 13/1992, de 6 de febrero, FJ 14).

28. Excepciones a ello lo constituyen las sentencias 32/1981, de 28 de julio, 37/1987, de 16 de noviembre, 69/1988, de 19 de abril, y 102/1995, de 26 de junio, aunque establecen esa vinculación sin excesivos razonamientos, cuando no dándola por cierta sin ninguno.

con los principios rectores, y cuando lo hecho ha acabado prevaleciendo por lo general otro título competencial.²⁹

Fue en la STC 61/1997, de 20 de marzo,³⁰ donde el Tribunal, enfrentado a tener que decidir sobre la base casi única del art. 149.1.1, hubo de ofrecer una interpretación de este precepto que desvelase, al menos, algunas de las incógnitas que en torno a él se planteaban. Debe hacerse mención a que en ella se estudiaba la conexión entre aquel título y un derecho de la sección 2ª del capítulo 2º del título 1º, mientras que en la 173/1998 nos hallamos ante uno de la sección 1ª. Ello obliga al Tribunal a atender problemas no siempre coincidentes y el estudio conjunto de ambas sentencias permitirá, por tanto, una aproximación a la doctrina jurisprudencial sobre aquel título que, como veremos, no se halla exenta de elementos polémicos y, desde luego, de opiniones diversas en el seno del propio Tribunal plasmadas en sendos votos particulares.

No se va a efectuar aquí una exposición completa del contenido de la Sentencia en lo referido al art. 149.1.1, lo que excedería del propósito de este apartado. Tan sólo se van a subrayar las líneas maestras de la caracterización que de él hace el Tribunal a fin de poder comprobar después hasta qué punto varían en la STC 173/1998. De este modo, puede decirse que el Tribunal niega la pertenencia de las condiciones básicas al género de las bases,³¹ construyendo sobre aquéllas una competencia exclusiva estatal.³² La materia del título no sería otra que los derechos y deberes constitucionales, pero sólo estos, y no los sectores materiales en los que aquellos se insertan.³³ Es ésta (la distinción derecho/sector) uno de los pilares del

29. Con la posible excepción de la STC 32/1983, de 28 de abril, en que el art. 149.1.1 se pone en relación con el art. 43 CE fundamentando competencias estatales aun cuando también podría considerarse que actúa con carácter hermenéutico del art. 149.1.16.

30. Fueron ponentes los magistrados Ruiz Vadillo y García Manzano.

31. Lo que critica Menéndez Rexach, para quien «la articulación [de las condiciones básicas] 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». *Vid.* «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-mayo 1997, pág. 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 aquéllas 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). Sin embargo, el Tribunal añade más adelante que las normas estatales emanadas bajo la cobertura del 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) con lo que, en definitiva, para describir una competencia pretendidamente exclusiva se utilizan términos habitualmente empleados para determinar el alcance de las normas básicas.

33. De lo contrario, dice la Sentencia «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).

razonamiento de la Sentencia y también uno de los más polémicos.³⁴ Por lo demás, la igualdad a que hace referencia el precepto no es para la Sentencia otra cosa que el elemento teleológico del mismo, que junto al funcional y al material antes descritos configuraría a aquél, de modo que no sería así el art. 149.1.1 un trasunto del 14 ni un precepto que constituya para el legislador autonómico una prohibición de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal (FJ 7.a).³⁵

En cualquier caso, lo que más interesa a nuestros efectos es comprobar dónde ubica el Tribunal Constitucional, dentro de las diversas zonas regulables de un derecho o deber, y con qué contenido, la competencia estatal *ex* art. 149.1.1 (y más en concreto sobre qué objeto se proyectaría su aspecto funcional). A ello se refiere el FJ 8, cuando 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...)».

Parece así apostarse claramente por ubicar las condiciones básicas en la zona del desarrollo primario o directo del derecho, más que en la de la regulación del ejercicio.³⁶ Y continúa concretando que dichas condiciones básicas habrán de ser «las imprescindibles o necesarias» para garantizar la igualdad, que a su vez no es una igualdad formal absoluta que abarque cualquier condición material, lo que llevaría a la invasión de la competencia autonómica (FJ 8).

De gran interés resulta el hecho de que el Tribunal considere que hay una serie de cuestiones que, excediendo de lo calificado antes como condiciones básicas, se hallan tan conectadas con ellas que también deben entenderse incluidas en aquel concepto. Con ello se quieren integrar dentro de tales condiciones cuestiones pertenecientes al contenido del derecho o deber y que no fueron citadas antes (el objeto del mismo, incluso determinados requisitos organizativos imprescindibles para el posterior ejercicio) al tiempo que se hace alguna referencia poco necesaria a la vista de lo anterior e incluso algo tautológica, como cuando el Tribunal indica que den-

34. A favor, aunque criticando el modo de aplicación, *vid.* Menéndez Rexach, *op. cit.*, pág. 451-452. En el mismo sentido traté la cuestión en «Distribución competencial y regulación de los derechos y deberes constitucionales. Posibilidades y límites de Estado y Comunidades Autónomas», RVAP, núm. 49, 1997, pág. 30 y ss. Contra la tesis jurisprudencial, *vid.* Lasagabaster, I., «El derecho de propiedad urbana y el art. 149.1.1 CE», RVAP, núm. 50, 1998, pág. 311. El autor califica la distinción entre preceptos que regulan el derecho y los que regulan el sector material de «indiscernible».

35. Contra, habría que decir, lo que expresamente propugnaban las STC 87/1985, 102/1985, 48/1988, 227/1988, 100/1991, 136/1991 y 108/1993, como se vio.

36. En la línea postulada expresamente por Tudela Aranda en *Derechos...*, *op. cit.*, pág. 309 y ss., y podría considerarse que incluso antes, de un modo implícito por los autores que vincularon las condiciones básicas a las bases, que abarcarían ante todo lo fundamental de la regulación. Véase así, por ejemplo, Álvarez Conde, *Las Comunidades Autónomas*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 175, y González Encinar, en *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 134. Acerca del tema, y en parecidos términos pero dando un alcance menor a las condiciones básicas que a las bases y afirmando la competencia estatal como previa al ejercicio de otras competencias estatales más amplias y de las autonómicas, traté en «Distribución...», *op. cit.*, pág. 25-26.

tro de las condiciones básicas hay que entender incluidas también «los [...] requisitos mínimos o *condiciones básicas* en que ha de ejercerse un derecho». En definitiva, establece la Sentencia 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 [...] 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

Pese a ello, puede concluirse que el núcleo de la competencia estatal *ex art.* 149.1.1 consiste en la regulación del «contenido básico y primario del derecho [...] en 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 de esta zona previa, los restantes títulos estatales y autonómicos se ocuparían de acabar de trazar el resto de la regulación del derecho.

La Sentencia, como se ha dicho, desvincula las condiciones básicas del concepto de bases. Ello no le impide afirmar que a través del art. 149.1.1, como se acaba de ver, se regulará ese contenido básico, estableciéndose un mínimo común denominador. Ante esto, sólo es posible concluir o bien que el Tribunal acaba en la práctica afirmando lo que antes ha negado, o bien que entiende que a través del artículo 149.1.1 el legislador estatal puede ir interviniendo puntualmente allá donde entienda que no ha de darse desigualdad, pero sin pretensión de conformar un régimen básico sino un conjunto de aspectos puntuales correspondientes a los elementos que antes se enumeraron. La intervención estatal, así, no fijaría bases, sino una pluralidad de concretas cuestiones no susceptibles de ser desarrolladas por agotarse en sí mismas.

De esta segunda interpretación se desprenden dos problemas. El primero lo pone de manifiesto el resultado a que llega la propia Sentencia, que otorga carácter de condición básica a una pléyade de cuestiones muchas de las cuales se relacionan de modo, si existente, lejanísimo con el derecho de propiedad en cuanto tal y que son en realidad aspectos de la regulación del urbanismo (el sector material, si usamos los términos de la Sentencia). Y es que esta intervención puntual, de fijación de principios o normas siempre que se entienda que se afecta a las condiciones básicas, es una intervención de imposible delimitación *a priori*,³⁹ a diferencia de lo que ocurriría si se acudiese a la categoría de las bases y a los criterios con que jurisprudencia y doctrina la han acotado.

37. El Tribunal invoca en apoyo de esta tesis su propia jurisprudencia, de un modo que algún autor ha criticado. Así, Lasagabaster entiende que prácticamente todas las sentencias que el Tribunal cita en ese párrafo en favor de sus tesis están sacadas de contexto o interpretadas de un modo cuando menos discutible. *Vid.* «El derecho de propiedad...», *op. cit.*, pág. 313-317.

38. Término éste que, como se vio, ya fue utilizado en la STC 102/1995 y, especialmente referido a las condiciones básicas, en la 156/1995, que avanza, en este concreto aspecto, la línea de la STC 61/1997.

39. *Vid.* en tal sentido Tudela Aranda, J., *Derechos...*, *op. cit.*, pág. 291 y ss.

Pero es que, además, se plantea el problema de que se dice que las condiciones básicas no son bases pero no se dejan de utilizar criterios y conceptos (principios, contenido básico, mínimo común denominador) normalmente utilizados al hablar de las bases. Significativo de esta posible confusión es que en el voto particular del magistrado Jiménez de Parga que acompaña a la Sentencia, y en el que se sostiene que las condiciones básicas hacen referencia a la regulación del ejercicio del derecho, se critique la posición de la mayoría a causa de que, en opinión del magistrado discrepante, el art. 149.1.1 no es ni un título que postule «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 reparto de competencias en cuanto a la regulación de los derechos y deberes constitucionales ni un título que habilite al Estado «para legislar sobre el contenido “primario y básico” del derecho de propiedad como si de un legislador básico se tratase» (apart. 4.2.a), frase ésta significativa de que la Sentencia se mueve en un terreno fronterizo entre lo básico y lo que no lo es. Para el magistrado, por contra, el precepto:

«nada afirma respecto de que pueda regular el contenido básico o primario de estos mismos derechos y 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

Y considera que su postura de referir el art. 149.1.1 no al régimen jurídico sino a la regulación del ejercicio se ve apoyada por dos argumentos: por una parte, de entender lo contrario, se produciría una redundancia entre el art. 149.1.1 y el 81.1, que abarcarían el mismo ámbito. De otra parte, opina que sería tanto como confiar al legislador estatal la regulación del contenido esencial de los derechos, al que precisamente ha de respetar. Halla aquí un contrasentido que hace que califique a la tesis de la Sentencia de «discutible y hasta peligrosa».

Como se observará, de las dos objeciones la primera sólo es tal si se entiende que el art. 81.1 es (o hace funciones de) un título competencial.⁴¹ En cuanto a la segunda, la contradicción es aparente: en la medida en que el contenido de los derechos se halla expreso en la letra de la Constitución, la ley lo recogerá sin poder contradecirlo y partirá de él. Como mucho, allá donde la norma fundamental no llegue a definir dicho contenido, el legislador de las condiciones básicas contribuirá a

40. La opinión contraria la ha formulado Menéndez Rexach, para quien: «[...] 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 [...]». *Vid.* Menéndez Rexach, *op. cit.*, pág. 467.

41. Que es precisamente la opinión del magistrado, como manifestará abiertamente en el voto particular a la STC 173/1998.

completarlo partiendo de lo que quepa inferir de la Constitución, siempre bajo el eventual control último del Tribunal Constitucional.

Parece, en definitiva, difícil afirmar que el voto particular logre dar al título de que hablamos un alcance concreto y mínimamente previsible. Así, no mucha mayor concreción se consigue (más bien al contrario) cuando en él se 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 [...] [y regular] las circunstancias indispensables para que se dé la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales».

5. La STC 173/1998, de 23 de julio

5.1. Interpretación del art. 81.1

Así las cosas, la Sentencia de que ahora se tratará es la primera desde la STC 61/1997 en que el Tribunal volvía en detalle directamente sobre el art. 149.1.1,⁴² en este caso además con la presencia adicional del art. 81.1. Pese a que la interpretación de aquél hecha por la Sentencia de 1997 era plenamente compatible con, y aplicable a, un entendimiento del art. 81.1 que, culminando la evolución jurisprudencial sobre el mismo, acabase por retirarles todo matiz competencial, la orientación adoptada por el Tribunal, como a continuación se explicará antes de pasar a tratar el problema relativo al art. 149.1.1, parte de esa intención para acabar desembocando en un resultado muy distinto.

En concreto, puede afirmarse que la línea iniciada con el abierto carácter competencial otorgado al art. 81.1 en la STC 5/1981, que lo consideraba además una especie de título intercambiable con los del 149.1 y la posterior matización parcial de la STC 137/1986, vuelve en parte con esta Sentencia al punto inicial, al aceptarse de hecho la competencialidad del artículo aunque con el intento de ordenar los diversos ámbitos de los títulos en juego a fin de no incurrir en la ya citada tesis de la STC 5/1981 de entenderlos referidos a ámbitos comunes.

Así, las comunidades autónomas, al regular el régimen jurídico de las asociaciones, no pueden «entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación» ya que éste «es un ámbito reservado al Estado *ex art. 81.1 CE*» (FJ 6). Ahora bien: ¿significa eso que el art. 81.1 goza de un papel autónomo como título competencial? La Sentencia inicia la resolución del problema en la línea sentada por la 137/1986:

42. Entre ambas, el precepto fue citado sin mayores consecuencias en las sentencias 133/1997, de 10 de julio, y 65/1998, de 18 de marzo; utilizado para fundamentar la competencia del Estado para fijar un régimen sancionador básico (STC 206/1997, de 27 de noviembre) y para justificar la fijación de limitaciones a la libertad de contratación (STC 19/1998, de 23 de enero), pero en ninguna se detuvo el Tribunal a analizar el precepto. Con posterioridad, ha sido invocado en la STC 103/1999, de 3 de junio.

«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 cita de ambas sentencias para afirmar que el Tribunal Constitucional ha negado siempre la competencialidad del art. 81.1 es, como se ha dicho, discutible. Pero prescindiendo de ello, parece claro que inmediatamente va a abandonar la línea de la que afirma partir. Así, si por una parte se indica que «la reserva de ley orgánica no supone atribución de ningún título competencial» se añade a continuación que no es menos cierto 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 [...]». Por ello:

«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, cursiva mía).

Y ciertamente parece que la respuesta a que se llega en cuanto a esta última cuestión es negativa. La jurisprudencia, reconoce el propio Tribunal, no ha sido en esta materia rectilínea. De ella, con todo, extrae la Sentencia dos criterios: por un lado, el ámbito de la reserva de ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado. De otro, al fijar el alcance de la reserva de ley orgánica debe éste cohonestarse con los títulos competenciales. Ambos puntos de partida no son desarrollados por el Tribunal más allá de su taxativa formulación,⁴³ que por lo demás es susceptible de interpretaciones muy diversas. Por ejemplo: ¿qué significa que el ámbito de la ley orgánica no es coextenso con el de las competencias atribuidas al Estado?

Puede ello querer decir que, como primera posibilidad, no es coextenso en absoluto, de modo que la extensión de una y de otros no se superpone en ningún momento y sus respectivos ámbitos materiales se suceden, no coinciden; dicho de otro modo: se ordenan de modo sucesivo, y no simultáneo o coincidente. También puede entenderse, como segunda posibilidad, que se superponen parcialmente, de manera que parte de la regulación del desarrollo directo, la más nuclear, corresponde al

43. Y además se puede concluir que después son abandonados por el Tribunal. Como indica Pascual Medrano, “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”. *Vid. op. cit.*, pág. 1855 y 1857.

Estado porque así lo dispone el art. 81.1 y en lo demás porque así se lo otorgan sus títulos competenciales, empezando por el del art. 149.1.1, ya que en esta segunda zona el art. 81.1 concurriría junto a esos títulos pero sin valor competencial alguno. Tales títulos fundamentarían entonces el resto de los preceptos orgánicos pudiendo además, naturalmente, fundamentar otras cuestiones no orgánicas, sobre las que ya no habría aplicación conjunta con el art. 81.1 por exceder aquéllas el desarrollo directo y adentrarse en la regulación del ejercicio. Por último, podría entenderse que la no coextensión obedece a que los títulos estatales, de un lado, fundamentarían competencialmente toda la normativa orgánica (y no sólo una parte de ella, como en la posibilidad segunda, de modo que aquí la ausencia de valor competencial del art. 81.1 sería total y no sólo parcial) pero, igual que en la indicada posibilidad segunda, permitirían también al legislador ordinario completar la regulación del derecho o deber.

Pues bien: la necesidad de cohonestar reserva y títulos lleva al Tribunal a una conclusión problemática, porque del texto de la Sentencia (único objeto posible, hay que insistir en ello, de la interpretación) se desprende que el art. 81.1 va por un lado, y fundamenta la regulación de unas cuestiones, y los títulos estatales, comenzando por el del art. 149.1.1, van por otro y fundamentan la regulación de otras cuestiones. Esto es, se desprende que se escoge la primera de las tres hipótesis antes enunciadas. Si el Tribunal quiso decir cosa distinta (y pudiera pensarse que quizá en algún momento inicial de la elaboración y discusión de la Sentencia se quiso decir efectivamente cosa distinta, por ejemplo algo, si no coincidente con la tercera hipótesis citada, sí al menos con la segunda)⁴⁴ no se halla ello reflejado en el texto, que acoge la primera, en tanto que *en ningún momento se conecta el art. 81.1, y lo que se dice que reserva al Estado, con el art. 149.1.1*. De este modo, indica el Tribunal 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, STC 67/1985 y 157/1992)» (FJ 7).

44. Al fin y al cabo, si como dijo la STC 61/1997 y recuerda la 173/1998, 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...)” (STC 61/1997, FJ 8), no hay más remedio que entender que lo que se vierta en ley orgánica tiene como base competencial dicho art. 149.1.1, pero la Sentencia no da este paso, de modo que no aplica su propio punto de partida. Hay que decir, además, que la STC 173/1998 habla no de contenido primario, etc., *del derecho*, como hace la STC 61/1997, sino 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*”. La matización puede ser querida o inadvertida; en el primer caso sería plenamente coherente con el hecho de que el contenido primario del derecho en cuanto tal ha sido deferido al art. 81.1, y lo que queda para el art. 149.1.1 es el contenido primario del objeto de ese derecho.

En definitiva: que si antes se afirmó que la reserva de ley orgánica no es un título competencial, y ahora se concluye que el art. 81.1 reserva al Estado, de por sí y sin referencia a título competencial alguno, el desarrollo directo, siendo lo demás (que se identifica, siguiendo como se verá sólo parcialmente a la STC 61/1997, con la «materia» sobre la que se proyecta el derecho) lo que corresponde repartir entre Estado y comunidades autónomas según sus títulos competenciales, habrá que concluir que para no ser un título competencial el art. 81.1 adquiere un carácter indiferenciable del de aquellos. Por tanto: la afirmación inicial traída de la STC 137/86 se queda solamente en eso y a continuación es sustituida por una línea de razonamiento distinta. Lucas Murillo de la Cueva, en su reciente monografía sobre las competencias en materia de asociaciones en la jurisprudencia constitucional describe cómo la Sentencia de que tratamos no hace sino aclarar (y él está de acuerdo en ello) que “la función de la reserva del artículo 81 CE y la del título VIII son distintas y se mueven en planos bien diferenciados. Aquella es un *prius*, un presupuesto de la distribución competencial en la medida que también lo es para el legislador ordinario estatal”.⁴⁵

Es por ello por lo que la evolución de la jurisprudencia, que culmina en la STC 173/1998, lleva a derivar de ésta en opinión del autor que “la ley orgánica desarrolla 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

De lo anterior concluye Lucas que la Sentencia fija una secuencia normativa en la que la ley orgánica desarrolla el derecho en sus elementos esenciales, a partir de ahí la ley ordinaria estatal puede regular el contenido primario, las posiciones jurídicas fundamentales y las facultades básicas del derecho en tanto sea imprescindible para garantizar la igualdad en el ejercicio y, por último, la ley ordinaria, estatal o autonómica según corresponda, regulará el ejercicio del derecho.

Se puede, ciertamente, estar más o menos satisfecho con este estado de cosas; se puede entender que la ordenación en planos sucesivos que se diseña plantea no pocos problemas o, por el contrario, estar de acuerdo con ella, pero lo que a mi modo de ver resulta claro es que lo que el autor citado describe —en su caso para estar de acuerdo con ello— es precisamente lo que se puede derivar del texto de la Sentencia. Ciertamente, en lo que al papel competencial del art. 81.1 se refiere es mucho más claro el voto particular, que se ahorra el punto de partida de que el Tribunal dice partir y afirma directamente la competencialidad del art. 81.1 desde un inicio:

45. Se justifica, prosigue este 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”. *Vid.* Lucas Murillo de la Cueva, E., *Igualdad y autonomía...*, *op. cit.*, pág. 52.

46. *Op. cit.*, pág. 57.

«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 [...]» (apartado 3º del voto. *Cursiva mía*).

Sea como fuere, y pese a las dificultades de separación 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 propia Sentencia reconoce, este criterio es el que se empleará para 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). Será contenido de la normativa estatal derivada del 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 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. Interpretación del art. 149.1.1

Dicho lo anterior, se plantea la duda de cuál es el espacio que queda a la competencia estatal del art. 149.1.1 si, atendiendo a la Sentencia 61/1997 (FJ 8), hemos de entender que se proyecta sobre las posiciones jurídicas fundamentales, entre las que se hallaban cuestiones como las facultades elementales o los límites esenciales que expresamente se reconocen, como se acaba de ver, en el FJ 8 de la STC 173/1998, como derivadas del art. 81.1.

Esta última Sentencia, partiendo de la distinción derecho/sector que guiaba a la 61/1997,⁴⁷ va a cambiar el ámbito sobre el que haya de proyectarse el art. 149.1.1. Y no podía ser de otro modo, pues la atribución fáctica al art. 81.1 de carácter competencial abocaba o a preterir completamente el art. 149.1.1, o a darle un ámbito

47. Sólo que en tal caso la distinción servía para separar el ámbito del art. 149.1.1 del de otros títulos competenciales, sin mención alguna (no procedía) del 81.1. En cualquier caso, la distinción se aplica al menos efectuando, antes de enfrentarse a los concretos preceptos impugnados, un intento de discernir con detalle qué se ha de entender por cada uno de aquellos conceptos y qué dentro de cada cual habría de corresponder a cada ente y con base en qué título, cosa que la STC 61/1997 sólo hacía de un modo parcial, incluso apresurado, lo que determinó una aplicación de la teoría general a los preceptos concretos en la que poca o ninguna sistemática cabe encontrar.

distinto. Ahora bien: conocer dónde sitúa la Sentencia ese ámbito no es cosa fácil. Ésta parte y se apoya en citas de la STC 61/1997 (FJ 9): el art. 149.1.1 como referido al contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales del derecho; pero esto se ha afirmado ya como propio del art. 81.1, de modo que no puede atribuirse ahora al art. 149.1.1. Éste, según la Sentencia 173/1998, atribuiría al Estado «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 y 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).

Por tanto, cabría entender que se alude a las mismas cuestiones, en cierto sentido, que las que la STC 61/1997 enumeraba cuando después de decir que correspondían al 149.1.1 las cuestiones más arriba detalladas y que el propio FJ 9 de la STC 173/1998 recuerda, añadía 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). Puede pensarse, así, que el artículo 149.1.1 ha perdido la primera parte del contenido que le daba la STC 61/1997 en favor del art. 81.1, pero mantiene el segundo⁴⁸ que, al no constituir desarrollo «directo» del derecho sino ulterior (es decir, todavía regulación del contenido y caracteres del derecho, pero aún no regulación de su ejercicio en situaciones y casos concretos), no tendría que revestir carácter orgánico.⁴⁹ Con todo, no deja de ser discutible que la regulación del objeto del derecho no se haya incluido en el elenco de cuestiones vinculadas al art. 81.1.

Naturalmente, podría aducirse que en realidad el art. 149.1.1 fundamentará competencialmente las normas orgánicas referidas a los aspectos anteriormente citados al hablar de dicha fuente,⁵⁰ pero ya se ha dicho que no es ello lo que se deriva de la Sentencia, que cuando trata el art. 81.1 se olvida del 149.1.1 y cuando analiza el 149.1.1 prescinde de aquél. Por tanto, salvo que hagamos decir a la Sentencia lo que ella misma no dice integrando en su razonamiento nuevos pasos que la lleven a nuevas conclusiones, habrá que concluir, como se dijo, que el problema de la relación entre reserva de ley orgánica y títulos competenciales sigue abierto, e incluso

48. Precisamente el que la doctrina criticaba que tuviese por su indefinición y las posibilidades de injerencia indeterminada que abría en favor del Estado sobre las competencias autonómicas. Quizá por ello la Sentencia recuerda inmediatamente, con cita de la STC 61/1997, FJ 7.b, que «la regulación que corresponde al Estado *ex art.* 149.1.1 queda limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico [...]» (FJ 9).

49. Como veremos, el voto particular propugna considerar referido el art. 149.1.1 no al desarrollo en ninguna de sus zonas, sino a la regulación del ejercicio, otorgando al desarrollo un ámbito extenso y siempre amparado en el título derivado del art. 81.1, y por tanto con carácter orgánico. Aumentado el ámbito del art. 81.1, y trasladado el del 149.1.1 a un momento normativo posterior, el de las competencias autonómicas cobra un alcance casi simbólico.

50. Así lo considera De Pablo Contreras como único modo de dar una explicación lógica al problema, si bien advierte que la Sentencia no se adecua a esta tesis (o mejor: sí lo hace su punto de partida, pero no sus conclusiones, poco coherentes con aquél). *Vid.* De Pablo Contreras, P., “La legislación civil...”, *op. cit.*, pág. 1843.

con más puntos oscuros que los que conservaba tras la clarificación parcial de la STC 137/1986.

Por lo demás, no acaban aquí las cuestiones problemáticas. La Sentencia afirma que el art. 149.1.1 carece de un ámbito material excluyente de la intervención autonómica de modo que, en tanto que el Estado no haya hecho uso de la competencia que el precepto le otorga, difícil o imposible será afirmar una extralimitación competencial autonómica por infracción de ese precepto:

«La legislación que con base en este precepto constitucional pueda 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, cursiva mía).

De donde parece deducirse que se renuncia a dotar de un ámbito material previsible a las condiciones básicas y que, si ha de seguirse el resultado a que llevaría esta tesis, el Estado, para hacer valer su competencia derivada del título que tratamos frente a extralimitaciones competenciales autonómicas, debería ejercitarla previa y expresamente. En tal caso, los preceptos autonómicos que contradijesen los nuevos preceptos estatales serían desplazados (FJ 9). El art. 149.1.1 vendría a ser así únicamente un elemento armonizador, ejercitable antes o después de la existencia de las normativas autonómicas, pero carente de toda virtualidad y existencia mientras no fuese empleado efectivamente. No podría actuar de modo previo como límite negativo de las competencias autonómicas. De ese modo, en la Sentencia, ni uno sólo de los artículos impugnados va a ser declarado nulo por vulnerar la competencia *ex art. 149.1.1* (y sí por entrar en los ámbitos que al Estado reserva, como si de otro título se tratase, el art. 81.1). En algunos casos, incluso, se indica que algún precepto de la ley vasca incide claramente en el ámbito del art. 149.1.1 pero, como se dice expresamente en el FJ 14.f (y se deriva sin dificultad de otros, como 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 [...]». Esta construcción se aparta de la opinión que, si bien controvertida en la doctrina,⁵¹ podía extraerse hasta ahora de la jurisprudencia.⁵² La tesis del Tribunal nos conduce a un

51. Véase en sentido favorable a la tesis del art. 149.1.1 como límite negativo, Pemán Gavín, *Igualdad...*, *op. cit.*, pág. 230; Baño León, *Autonomía...*, *op. cit.*, pág. 268 y ss., y Tudela Aranda, *Derechos...*, *op. cit.*, pág. 333 y ss. En contra, sin embargo, *vid.* Aja, «La función...», *op. cit.*, pág. 39 y ss., y Balaguer, *op. cit.*, pág. 662-663.

52. *Vid.* STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 9, que da a entender la existencia de ese límite; más claramente, *vid.* la STC 87/1985, de 16 de agosto, que en su FJ 8 califica el art. 149.1.1 de límite a las competencias autonómicas, y la STC 136/1991, de 20 de junio, que habla del art. 149.1.1 como «límite específico y excepcional».

concepto de concurrencia normativa ciertamente existente en EE UU, Australia, Suiza o Alemania (por el que Federación y estados miembros ostentan competencia sobre la misma materia y la normativa de los estados puede llegar a ser exhaustiva sólo en tanto la Federación no empiece a su vez a legislar, momento en que sus normas, prevaleciendo sobre las de los Estados, irán ocupando el campo antes cubierto por éstas)⁵³ pero no entre nosotros.⁵⁴

6. Análisis de las principales cuestiones problemáticas que plantea la Sentencia

La Sentencia que, en términos generales, se acaba de describir plantea no pocos interrogantes en cuanto a las tesis sobre las que se funda. Todos ellos giran en torno a dos cuestiones:

a) *El carácter del art. 81.1. Ley orgánica y títulos competenciales*

Como se ha visto, se acepta en primer lugar (pese a la afirmación inicial de que no es así) la competencialidad del art. 81.1 con base en esa especie de «mutación inevitable» que parece sufrir el precepto en lo que se refiere a los derechos fundamentales: si la ley orgánica sólo puede ser dictada por las Cortes Generales, es inevitable, se diría, que esté reservando un ámbito competencial al Estado. Tal operación es la que parece efectuar la Sentencia: comienza diciendo que la ley orgánica no reserva, en puridad, competencia alguna al Estado y continúa afirmando que lo más relevante no está 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). Y ocurre que al afirmar esto se está ya predeterminando la conclusión a la que se va a llegar, porque si se quiere evitar otorgar un carácter competencial autónomo al art. 81.1, entonces lo relevante *sí* que está en determinar la distinta naturaleza de un precepto del sistema de fuentes y un título competencial.

Si se afirma esa distinción, entonces no cabe duda de que la siguiente pregunta (el alcance material de la ley orgánica, la medida en que su contenido se haya de integrar a partir de los títulos competenciales) no se plantea, pues es consecuencia necesaria de una clara distinción entre ambas naturalezas jurídicas que una (la de la ley orgánica) consiste en incorporar un instrumento normativo a unas materias⁵⁵ (una

53. Sobre ello véase Albertí Rovira, E., "La noción de 'bases' y el desarrollo estatutario", en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, II, HAEE/IVAP, Oñati 1991, pág. 320-321.

54. Añade el Tribunal que las normas que el Estado dicte amparado en el art. 149.1.1 "desplazarán" en tal momento a las autonómicas que ocuparan hasta entonces dicho ámbito. Surge entonces la incógnita sobre la naturaleza jurídica de ese "desplazamiento" y la virtualidad que tras él reste a las normas autonómicas "desplazadas", si es que les ha de quedar alguno.

55. Como recuerda De Otto, la estructura del art. 81.1 es semejante a la del art. 19 de la Ley fundamental de Bonn, por cuanto se efectúan previsiones para los casos en que el legislador tenga, por obra de otra norma, poder de incidir de determinado modo sobre los derechos fundamentales. Es decir: el art. 81.1 «no dice qué derechos podrán ser objeto de desarrollo, sino tan sólo cómo habrá de ser

de las cuales los derechos fundamentales) que, en cuanto han sido objeto de atención de los listados competenciales,⁵⁶ se anudan a aquella forma legal en la medida en que el Estado tiene competencia sobre ellas (y el art. 149.1.1 asegura, precisamente, que no haya ningún derecho sobre el que el Estado no tenga, al menos, una competencia de inicio, integrándose así el contenido de la ley orgánica en todos los casos). El «desarrollo» orgánico se mueve así dentro de los márgenes de los títulos competenciales estatales. De este modo se asegura el respeto a las competencias autonómicas y se evita afirmar el carácter competencial del art. 81.1 de modo real, no negándolo primero y aceptándolo después. Que la ley a que se refiere el precepto pueda ser sólo estatal no quita que el principio de autonomía exija que la determinación de su contenido deba hacerse con la vista puesta en el título VIII, y en los listados competenciales, *en aquellas materias sobre las que los propios títulos contienen disposiciones y son, así, objeto del reparto competencial*. Y es que los preceptos relativos al sistema de fuentes y los pertenecientes a la ordenación competencial no pueden ignorarse mutuamente, sino interpretarse de modo sistemático.

Naturalmente, en no pocas ocasiones, la ley orgánica se halla, en el propio art. 81.1 y en otros artículos de la Constitución, vinculada a la regulación de aspectos que en nada atañen a las comunidades autónomas y que por ello no son objeto de aquellos listados. En un estado compuesto, parece fuera de discusión que hay cuestiones cuya regulación, por su carácter general o su vinculación con el Estado globalmente considerado, corresponde a las Cortes Generales en tanto sobrepasan el ámbito de posibilidades normativas de las comunidades autónomas. En estos casos no se trata de hecho de que sea el art. 81.1 el que dé la competencia al Estado, sino que al tratarse de cuestiones ajenas a la dinámica del reparto, es de suyo que sólo al Estado pueden corresponder en tanto una reforma constitucional no disponga expresamente lo contrario. La reserva de ley orgánica, más que otorgar competencia alguna, recuerda en estos casos que el Estado la tiene de por sí.⁵⁷ Piénsese en el régimen electoral general⁵⁸ y en las leyes orgánicas que regulan instituciones y órganos

formalmente éste». Vid. 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», en Martín Retortillo/De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 106. Rechaza también el uso del art. 81.1 como título E. Lucas Murillo de la Cueva en *El derecho de asociación*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 267, si bien su opinión, como se ha visto, varía en su obra de 1999.

56. Con carácter general, art. 149.1.1; y con carácter particular se aprecia claramente en los art. 149.1.27 y 149.1.30, y se puede derivar conclusión semejante de otros apartados del art. 149.1.

57. Y no se hallan los derechos y deberes fundamentales entre tales cuestiones. La STC 25/1981 intentó fundamentar lo contrario, afirmando rotundamente que no se hallan afectados por la estructura del Estado (FJ 5). De la incorrección de esta tesis, abandonada de hecho con posterioridad por el propio Tribunal, se ha ocupado Barceló en *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Civitas, Barcelona, 1991, pág. 70, calificándola de «mera valoración axiológica».

58. Que según la STC 38/1983, de 16 de mayo, abarca las elecciones generales, locales y al Parlamento Europeo. En el caso de los municipios se plantea, no obstante, la duda de si el art. 140, al referirse a la ley que los ha de regular, contiene o no competencia para el Estado haciendo así ocioso todo recurso al art. 81.1. La Sentencia citada entendió la posibilidad negativa. La opinión contraria puede verse sustentada en Viver Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 105-106.

fundamentales del Estado (Defensor del Pueblo, Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado) así como en las aprobatorias de estatutos de autonomía, las del art. 93 o el 150.2 y otras de menor entidad.⁵⁹

Cuando ello no es así, y una materia, aludida por una reserva de ley orgánica, es objeto de reparto competencial, menos razones aún hay para convertir al art. 81.1 en un título competencial autónomo al lado (y a pesar) de los auténticos títulos.⁶⁰ Como ya se dijo, los preceptos del sistema de fuentes y los del sistema de distribución competencial deben interpretarse sistemáticamente y no ignorarse entre sí. El Estado es competente sobre la materia «derechos fundamentales» porque estos forman parte de la del art. 149.1.1 («derechos y deberes constitucionales»). El art. 81.1 se refiere a la función que el Estado ejercerá sobre ellos, obligando al uso de una concreta forma legislativa. De este modo, un precepto, referido a la forma normativa, complementa al que, por su parte, contempla la materia y disciplina hasta qué punto ésta corresponde al Estado. No nos hallamos ante dos títulos competenciales, sino ante un título competencial y una norma del sistema de fuentes que aporta a aquél un dato en cuanto al elemento funcional. Este dato, en tanto que formulado en términos vagos, lo ha acabado de perfilar la jurisprudencia, en lo relativo a cuáles de entre todos los derechos se ven por él afectados y a dónde llega esa noción de «desarrollo», que si desde un punto de vista literal podría extenderse aún más allá de las meras «condiciones básicas», las «bases», etc., sólo podrá referirse al desarrollo directo, que es el que dicta el Estado cuando hace uso del art. 149.1.1.⁶¹ De este modo, la inclusión de una/s materia/s en los listados debe ser un dato relevante para el intérprete que le lleve a no elevar a la categoría de título competencial independiente una disposición destinada a definir la forma de la norma y que está llamada a ser aplicada conjuntamente con el título y no a constituir otro nuevo. Ello es coherente con la naturaleza de cada uno de los preceptos y con el principio de autonomía.

Por lo demás, como ya se indicó, el hecho de que se establezca el alcance de los art. 81.1 y 149.1.1 de modo separado da como resultado la existencia de dos títulos a aplicar sucesivamente, lo que además plantea el problema de conocer por qué lo que se otorga al art. 149.1.1 (el objeto del derecho) no se ha otorgado al art. 81.1 (pues no se ve por qué dicho objeto no ha de ser materia orgánica).

Frente a todas estas consideraciones contrarias al uso del art. 81.1 como título competencial, debe indicarse que la doctrina ha opuesto en ocasiones diversos argumentos a la no aceptación de dicho uso y a la utilización de los títulos competen-

59. Como aquella a que alude el art. 57.5, por ejemplo.

60. Acoge esta tesis Viver, en ob. cit., pág. 106, señalando que el principio de completud de los listados competenciales sólo puede ser exceptuado otorgando valor habilitante a un precepto ajeno a esos listados cuando una materia no pueda ser encuadrada en ellos.

61. Con independencia de que pueda sostenerse que las condiciones básicas puedan extenderse más allá del desarrollo directo, sólo a aquéllas que se identifiquen con éste afectará la previsión del art. 81.1. De igual modo, si en cuanto a algún concreto derecho se entendiera que algún título más específico subsume al art. 149.1.1 (como podría entenderse, por ejemplo, en el caso de la educación desde determinada interpretación del art. 149.1.30) lo dicho hasta aquí sería igualmente aplicable en referencia ahora al título específico.

ciales para medir el contenido de la ley orgánica, que conviene examinar a continuación:⁶²

a') dicha utilización, acogida en el voto particular a la STC 5/1981 y seguida en la doctrina por De Otto, fue criticada por Pemán por entender, contra lo expresado en el voto, que la consideración como especie dentro del género «desarrollo» de las «normas básicas» no es correcta y, en particular, porque entonces no se explica la posibilidad, acogida jurisprudencialmente, de normas básicas relativas a derechos fundamentales en ley ordinaria o mero reglamento.⁶³ Ciertamente, parece existir aquí una contradicción entre el voto y la citada posibilidad de normas no orgánicas pero básicas, y la crítica de Pemán es certera. Ahora bien: tal contradicción se debe a que el voto y la STC 137/1986 olvidan incorporar el elemento de «directo» que califica, según la propia jurisprudencia, al desarrollo orgánico. No es todo lo que queda dentro de los art. 149.1.1, 149.1.30, etc., lo que constituye tal desarrollo orgánico, sino lo que con base en ellos se dicte y sea encuadrable en ese concepto de «desarrollo directo», lo que se corresponderá con buena parte de lo comprendido por las condiciones básicas.⁶⁴ Naturalmente, en el caso por ejemplo de la educación, otras normas de desarrollo (pero ya no directo) serían posibles, dentro de normas básicas y con carácter ya ordinario (o incluso reglamentario en la medida en que se admita el uso del reglamento para regular lo básico, lo que la jurisprudencia acepta si bien de modo restrictivo). Lo que voto y Sentencia dicen es que el art. 81.1 no puede llevar al Estado a ir más allá de lo que le den sus títulos, pero no dice que deba (no podría, dado el carácter de «directo» del desarrollo orgánico) extender lo orgánico a todo lo que los art. 149.1.1 y, en el supuesto tratado, 149.1.30 permitan.

b') Entiende igualmente este autor que aunque se aceptase la doctrina de la STC 137/1986 para cuando el Estado tuviese conferida la regulación básica sobre un derecho, de modo que se enfocase en estos casos el tema desde el art. 149.1, en aquellos derechos sobre los que el Estado no tiene atribución competencial específica la reserva de ley orgánica opera como título competencial estatal, de modo que la eventual ley orgánica de desarrollo del derecho deberá ser respetada por las comunidades autónomas, incluso en el supuesto de que éstas dispongan de competencias

62. También ha habido autores que han dado por cierto ese carácter competencial del art. 81.1 en relación con los derechos y deberes aunque sin entrar a fondo en el análisis de la cuestión, al menos como lo ha hecho Pemán, a cuyas tesis se aludirá en las siguientes líneas. Vid. en cuanto a aquellos, entre otros, Baño León, J. M., *Las autonomías territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, INAP, Madrid, 1988, pág. 278-279. Para este autor el precepto no es en teoría un título pero en la práctica posee ese cometido. También López Guerra, L., en «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE», en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (dir. A. Pérez Calvo), MAP, Madrid, 1990, pág. 93.

63. Vid. *Igualdad...*, *op. cit.*, pág. 217. También en «Leyes orgánicas: concepto...», *op. cit.*, pág. 167, critica con base en idéntica razón a Lasagabaster por adoptar la propuesta de De Otto y del voto particular de la STC 5/1981.

64. Sobre la caracterización de las condiciones básicas como especie del género «bases» con contenido inferior a cualesquiera otras especies de dicho género traté en «Distribución...», *op. cit.*, pág. 26. Debe advertirse, con todo, que la jurisprudencia constitucional no es proclive a considerar las condiciones básicas como una de las variantes de lo básico. Por lo demás, y como se dijo, la solución planteada sería igualmente posible si se entiende que el art. 149.1.30 subsume, en virtud del principio de especialidad, la aplicación del art. 149.1.1.

en la materia en virtud de sus estatutos, siempre que, claro está, la ley orgánica se mantenga dentro de su ámbito estricto.⁶⁵ Por tanto, no le parece correcto que la solución de la STC 137/1986, para cuando coexiste la reserva de ley orgánica con una previsión competencial específica, sea aplicada cuando no se da tal previsión.⁶⁶

Ocurre, sin embargo, que tal cosa no acontece si consideramos que el art. 149.1.1, como ya avanzaran Aja y Tudela⁶⁷ es un título competencial que, como ha razonado este último autor, se refiere a todos los derechos y deberes constitucionales, y con un contenido funcional que, aunque dudoso, parece que no es imposible de desentrañar.⁶⁸ No hay derechos sobre los que el Estado carezca de atribución competencial: siempre hallaremos, al menos, la suficientemente específica del art. 149.1.1 para fundamentarla.

c') Por otra parte, se recordará que la STC 137/1986, al tiempo que enunciaba su novedosa doctrina sobre la Ley orgánica, recibida en la doctrina de modo diverso,⁶⁹ afirmaba sobre el papel de la no competencialidad del 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»). Para Pemán, por contra, esto resulta aceptable sólo cuando la fuente de que se trate pueda proceder de forma indistinta de cualquiera de los entes que concurren, pero no cuando se trata de una fuente que es privativa de uno de ellos.⁷⁰ Y aporta dos argumentos:⁷¹

a) Si la reserva de ley estatal en materia tributaria ha restringido los poderes de los ayuntamientos para la regulación de los tributos habida cuenta de su carencia de potestad legislativa, un planteamiento similar debe sostenerse respecto de la ley orgánica y las comunidades autónomas.

b) Fuera de los listados competenciales se han reconocido preceptos con tal naturaleza por parte de la jurisprudencia constitucional: en particular examina los casos del art. 3.2 (lenguas autonómicas), 4.2 (banderas y enseñas autonómicas), y diversos principios generales incorporados a la Constitución o deducibles de ella (libertad de circulación de personas o bienes, principio de solidaridad, unidad del orden económico) si bien en este último caso su función suele ser hermenéutica, así como el régimen electoral local, que una sentencia (38/1983) fundó en el 81.1.

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

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

67. Vid. Aja, «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en *La función...*, op. cit., pág. 37; Tudela, *Derechos...*, op. cit., pág. 309 y ss. y 381 y ss.

68. Vid. sobre ello Tudela, *Derechos...*, op. cit., pág. 309 y ss., así como mi trabajo «Distribución...», op. cit., pág. 21 y ss.

69. Aja califica de acertado el criterio adoptado en la misma sobre la relación entre ley orgánica y ley autonómica, si bien entiende que el mismo queda desvalorizado al permitirse que el legislador estatal pueda dictar preceptos no básicos que serán supletorios en algunas comunidades autónomas. Barceló y Lasagabaster subrayan las disfuncionalidades a que puede dar lugar en relación con la distinta posición en que quedan ley ordinaria y ley autonómica frente a la ley orgánica y manifiestan por ello su preferencia por la tesis de Ignacio de Otto y del voto a la STC 5/1981. Vid., respectivamente, *Comentario...*, ob. cit., pág. 1195; *Derechos...*, op. cit., pág. 101 y «Sobre las leyes orgánicas», RVAP, 17, 1987, pág. 66.

70. Pemán Gavín, J., *Igualdad...*, op. cit., pág. 221. En este punto coincide también Lasagabaster, en «Los artículos 149.1.1 y 20.4 de la CE y los derechos lingüísticos», en *La función...*, op. cit., pág. 79.

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

En cuanto al primero de los argumentos expuestos, parece que la muy distinta posición constitucional de comunidades autónomas y entes locales, y la relevancia de la existencia de los listados de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas dificultan practicar ese paralelismo.

Mayor relevancia posee el segundo, relativo a la existencia de preceptos con naturaleza competencial fuera de los listados competenciales. Sucede, con todo, que se trata o de supuestos en los que, como Pemán indica, el precepto constitucional correspondiente cumple más bien una función hermenéutica, o bien de otros en que la materia no es objeto de los listados competenciales.⁷² En este último caso, antes de resolver no se ha dejado por lo general de acudir a ellos en busca de algún título, de modo que sólo al no encontrarlo en los listados se ha recurrido a fundamentarlo en otro lugar (especialmente expresiva al respecto es, en cuanto al art. 3.2, la STC 82/1986, FJ 4).⁷³

En definitiva, se parte en estas líneas de una tesis que, si se quiere expresar de modo negativo, es la contraria a la que subyace implícita en la Sentencia y expresamente sostiene el voto particular cuando dice 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 [...]» (apart. 3º). Frente a esto, entiendo que siendo la principal y única, además de evidente, función de los listados del título VIII la de atribuir materias sobre las que recaen funciones, la frase debe invertirse y entender que un precepto constitucional que exija determinadas formas jurídicas (y relativo, por tanto, en última instancia a la función) no puede eximir al intérprete de acudir en primer lugar para hallar la atribución de la materia al Estado y los términos de la misma (en definitiva, el contenido de la norma cuya forma el art. 81.1 define genéricamente)⁷⁵ a los listados competenciales, y que sólo se puede entender que una materia es deferida a un ente en un precepto extraño al título VIII en la Constitución cuando sobre esa materia nada dispongan esos listados porque, en caso contrario, a ellos hay que acudir antes que a ningún otro precepto y, en lo que se refiere a derechos y deberes, la existencia del art. 149.1.1 cumple esa función de atribución material expresa.⁷⁴ La existencia de un título cuya materia son los «derechos y deberes constitucionales» no puede verse en

72. Seguramente porque de la propia naturaleza del objeto a regular se deriva que sólo a determinadas comunidades autónomas y no a las otras ni al Estado puede corresponder su regulación —art. 3.2, lenguas autonómicas—, o a cada Comunidad pero no al Estado —art. 4.2, banderas y enseñanzas autonómicas—. En cuanto al régimen electoral, ya se hizo referencia al tema con anterioridad.

73. Sobre la cuestión puede verse Aparicio Pérez, M. A., «Lengua y modelo de Estado», *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998, esp. pág. 40-44. En cuanto a la necesaria preferencia de los títulos competenciales a la hora de fundar competencias, recuérdese la opinión de Viver en *Materias...*, pág. 106, antes citada.

74. También Viver i Pi-Sunyer se muestra favorable a que en materia de derechos y deberes fundamentales no se parta del art. 81.1 sino del listado del 149 para fundamentar la competencia estatal (*ibidem*, pág. 98-100).

75. De nuevo debe recordarse la opinión antes citada de De Otto acerca de la estructura del art. 81.1 y el hecho de que sólo efectúa una previsión sobre la forma, y no una atribución sobre la materia, para lo cual hay que acudir al art. 149.1.

parte vaciada de significado y desplazada por una norma relativa al sistema de fuentes, sino que debe interpretarse conjunta y sistemáticamente con ella. Este razonamiento es el que, a mi juicio, debiera haber llevado a cabo la Sentencia para poder ser coherente con su punto de partida inicial relativo a la no competencialidad del art. 81.1.

b) Derecho, materia o sector y art. 149.1.1

Otra cuestión dudosa es la de la distinción entre los «aspectos esenciales del derecho» y la «materia». Aquellos, deferidos al Estado según la Sentencia por el art. 81.1 CE. Ésta, la «materia sobre la que se proyecta el derecho» al legislador ordinario, «estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma». El voto particular critica esa distinción que hace la Sentencia, entendiendo que se confunde la regulación del ejercicio con dicha regulación de la materia, siendo así que un derecho, sostiene el voto, sólo se proyecta sobre ámbitos (civil, penal, etc.) pero no sobre «materias», y sólo puede proyectarse cuando ha sido desarrollado y reguladas las condiciones de su ejercicio.

La distinción efectuada por la Sentencia recuerda, aunque no se corresponde exactamente con ella, a la practicada en la STC 61/1997. En ésta se señalaba 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). Dentro de dichos derechos y deberes en sí mismos considerados distingue como cuestiones a regular a partir del art. 149.1.1, como ya se indicó, dos grupos: de un lado, el contenido primario del derecho y las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos) (FJ 8); de otro, criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con las anteriores condiciones básicas, como son 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 el derecho, y los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan tal ejercicio (FJ 8). Fuera de todo lo expuesto, que es el objeto a regular con base en el art. 149.1.1,⁷⁶ quedaría el sector material en que el derecho o deber se insertan.

Dicho esto, se observa que lo que se vincula al art. 149.1.1 se corresponde con bastante exactitud con lo que conocemos por contenido del derecho o deber, pudiendo entenderse que la noción de sector material hace referencia al ejercicio y cumplimiento de unos y otros y a cuestiones ulteriores externas a éstos.

Esto es lo que ocurre en la STC 61/1997. Ahora bien: en la STC 173/1998 la distinción que se practica es la que distingue entre, por una parte, la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal (reservado al Estado *ex* art. 81.1: *vid.* FJ 7) y, por otra, la regulación de la “materia” sobre la que se proyecta el derecho (reservada al legisla-

⁷⁶ Y según la Sentencia no estableciendo bases, sino en uso de una competencia exclusiva, cuestión que no deja de resultar polémica y a la que antes se hizo referencia, no siendo posible detenerse ahora en su análisis detallado.

dor ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma: FJ 7). Ante ello, cabe preguntarse si esa referencia a la materia es equivalente a la del sector material de la STC 61/1997. Todo apunta a que no exactamente, porque con "materia" se alude en la STC 173/1998 al régimen jurídico de las asociaciones creadas al amparo del derecho de asociación, lo que se correspondería también con la idea de regulación del objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho, y que en el caso del derecho de asociación es la propia asociación. Además, lo que en la STC 61/1997 era el sector material (el urbanismo) en la STC 173/1998 no puede serlo la asociación (objeto del derecho) sino en todo caso el derecho civil, como apunta el voto particular.

Por tanto, con la referencia a la "materia" en la STC 173/1998 se está haciendo referencia no sólo (que también) a las cuestiones relativas al sector material, sino además a la regulación del propio objeto del derecho. De este modo, las distinciones practicadas por una y otra sentencia no son exactamente paralelas. De ambas, la de la STC 61/1997 tiene la ventaja de adecuarse más claramente a la distinción entre contenido (o desarrollo) y ejercicio.⁷⁷

Para discernir el campo de aplicación del art. 149.1.1 entiendo que la distinción entre desarrollo de un derecho y regulación del ejercicio del mismo, y no otra, debe ser acogida. Ciertamente posee contornos complejos y no faltan autores que la relativizan.⁷⁸ Sin embargo, y pese a las notables dificultades que surgen al intentar definir y separar ambas zonas, parece que, como ya expusiera De Otto, de la propia Constitución se deduce 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 Y es que, como el propio autor indica, «regular el ejercicio del derecho supone a todas luces que éste se encuentra delimitado constitucionalmente».⁸⁰ Dado el carácter abstracto de las normas constitucionales, también de las relativas a derechos, ello obliga a precisar el contenido de estos, cosa distinta a regular su ejercicio. De Otto entiende que lo primero podrá realizarlo la doctrina jurisprudencial, pero parece más adecuado afirmar, siguiendo a Cruz Villalón,⁸¹

77. Por otra parte, la referencia a la "materia" es algo equívoca: el propio derecho es materia del título del art. 149.1.1. De igual modo, de las sentencias que la STC 173/1998 cita en apoyo de la distinción que realiza (STC 67/1985, 157/1992, 127/1994 y la propia 61/1997), la distinción que subyace, expresa o tácitamente, es la referida a contenido y ejercicio, además de no otorgarse en ninguna de ellas el valor que en la STC 173/1998 se da al art. 81.1 de reservar al Estado materias.

78. Así, para Jiménez Campo, todo desarrollo de los derechos implica regulación de su ejercicio (o si se prefiere: regular el ejercicio es también desarrollar el derecho) y todo límite del ejercicio del derecho lo es también de su contenido. No es posible aceptar, a su juicio, una separación entre desarrollo y ejercicio por la que las normas que regulan éste, por no afectar al contenido, permitieran al legislador mayor libertad. *Vid.* «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pág. 502, y «Art. 53.1: protección de los derechos fundamentales», en Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1997, pág. 476-477.

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

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

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

que en primer término corresponde a los legisladores constituidos, cada uno en el marco de sus competencias, bajo el eventual control último del Tribunal Constitucional; en definitiva, como expusiera Böckenförde, en esta tarea el Tribunal Constitucional posee la supremacía, pero el legislador conserva la preferencia.⁸² La STC 61/1997 acoge la distinción de modo parcial, distinguiendo dos elementos, derecho y sector material en que se ubica éste. No habla expresamente de desarrollo y ejercicio (probablemente porque se está ante un derecho ajeno a la sección primera, aquella en que la distinción cobra por razones obvias relevancia no sólo teórica sino también práctica) pero puede admitirse la existencia de una correspondencia entre los cuatro conceptos dos a dos, si bien el de «sector material» puede comprender, además de la regulación del ejercicio, otras cuestiones ulteriores de carácter mucho más accesorio.

Aceptada la utilidad de la distinción, el siguiente paso que a mi modo de ver ha de darse es el de referir el art. 149.1.1 a la regulación de ese contenido, de modo que sea el título del Estado (salvo que haya otro más específico en el caso concreto) para fijar el contenido del derecho o deber, contenido que, cuando nos hallemos ante los derechos aludidos por la reserva de ley orgánica y en la medida en que se esté regulando el desarrollo directo,⁸³ será vertido en ley de dicho carácter, pero no porque el art. 81.1 apodere al Estado competencialmente o le reserve materia alguna, contra lo que se deriva del texto de la STC 173/1998, sino que tal cosa la hacen sus títulos competenciales, con el art. 149.1.1 en primer término. De no entenderse así, paradójicamente, el art. 149.1.1 poseería un objeto distinto en relación con los derechos aludidos por el art. 81.1 que con los demás. En unos, un desarrollo secundario; en otros, también el primario. ¿Puede justificarse ello sólo por la operatividad en el primer caso del art. 81.1? Más lógico hubiera sido por parte del Tribunal aplicar la misma doctrina que en la STC 61/1997 y partir del art. 149.1.1 como fundamentador de la competencia del Estado, al tiempo que conservando una función de límite negativo, siendo la ley orgánica la forma de parte de las normas dictadas a su amparo, independientemente de que a ellas acompañasen otras cuestiones, conexas y de rango ordinario, fundadas en ése o en otros títulos estatales o, en relación con comunidades autónomas aún no competentes en la materia, en la cláusula residual, con valor supletorio para las demás.⁸⁴ En definitiva, parece que si alguna diferencia de contenido ha de tener una norma de desarrollo de un derecho respecto a la de otro no ha de venir dada por el juego o no del art. 81.1, sino por el alcance de las

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

83. Como se ha dicho, el art. 149.1.1 puede permitir al Estado regular también cuestiones de desarrollo no directo, previas a la regulación del ejercicio.

84. Piénsese además que si la solución adoptada por la presente Sentencia se hubiese aplicado al caso de la STC 137/1986, hubiéramos tenido tres preceptos atributivos de competencia: el art. 81.1, el 149.1.1 y el 149.1.30. Concurriendo éste último, y dada la presencia del primero, el art. 149.1.1 hubiera devenido completamente inútil, pese a ser un título competencial en sentido propio, a diferencia del art. 81.1. Por otra parte, concurriendo éste, el art. 149.1.30 tendría también bastante de duplicidad innecesaria del mismo, salvo que se entendiera más bien dirigido hacia la regulación del ejercicio, pese a que habla de normas básicas del desarrollo.

respectivas competencias y, en todo caso, por la naturaleza del derecho, que demandará una menor o mayor intervención legislativa y de carácter diverso según se trate de un derecho de libertad, de participación o de carácter eminentemente prestacional.⁸⁵

7. Conclusiones

A la hora de extraer conclusiones de las reflexiones que suscita la lectura de la STC 173/1998, una parece destacar sobre las demás: sigue sin resolverse con claridad en la jurisprudencia la relación entre reserva de ley orgánica y títulos competenciales y se ha perdido una oportunidad de reafirmar claramente la línea trazada por la STC 61/1997 compatibilizándola ahora con la presencia del art. 81.1. Frente a ello, se parte de un punto de partida (la no competencialidad del art. 81.1) al que siguen otras dos premisas (la no coextensión del alcance de la reserva de ley orgánica y de los títulos competenciales estatales en juego y la necesidad de cohonestar una y otros) para concluir, de un modo que no sin razón ha podido calificarse de “desconcertante”,⁸⁶ haciendo un uso de los art. 81.1 y 149.1.1 con el que en ningún momento llegan a entrar en relación, del que se desprende que cada uno de ellos defiere al legislador estatal cuestiones diversas, por muy distinta que hubiera sido la inicial intención de la Sentencia y cuyo texto, quizá producto del complejo proceso de elaboración y discusión (en una Sentencia, además, con un voto particular de cinco magistrados propugnantes de la plena competencialidad del art. 81.1, la interpretación amplia del alcance del desarrollo orgánico y el confinamiento del art. 149.1.1 al plano de la regulación del ejercicio con la consiguiente reducción de las competencias autonómicas a extremos testimoniales) deja el problema analizado abierto, más desde luego de lo que quedó con la STC 137/1986, que al fin y al cabo había conseguido combinar casi sin elementos polémicos la relación entre reserva de ley orgánica y títulos competenciales. Por lo demás, sobre la función del art. 149.1.1 surgen algunas (nuevas) dudas; por citar dos, la primera giraría en torno a su carácter de título que no delimita ámbito material excluyente alguno y la relación de las normas con base en él dictadas con las autonómicas, dispuesta al estilo de la concurrencia perfecta de sistemas como el alemán; y la segunda en torno a la aplicación de la distinción derecho/sector que se hace, condicionada por el papel previamente otorgado al art. 81.1. Parece, en definitiva, que el desvelamiento de estas incógnitas deberá esperar a posteriores pronunciamientos del alto Tribunal, que seguramente hubieran de apoyarse en estos puntos en postulados algo diversos a los de la Sentencia 173/1998.

85. Como expone la STC 137/1986, “cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestaciones 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). *Vid.* también “Distribución...”, *op. cit.*, pág. 38-41.

86. En tal sentido, *vid.* Pascual Medrano, *op. cit.*, pág. 1861.

8. Bibliografía

- Aja Fernández, E., «Comentario a la STC 137/1986», *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 67, 1986, pág. 1190-1195.
- Albertí Rovira, E., «La noción de 'bases' y el desarrollo estatutario», en *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, II, HAAE/IVAP, Oñati, 1991, pág. 311-344.
- Aparicio Pérez, M. A., «Lengua y modelo de Estado», *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998, pág. 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», en *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, pág. 9-63.
- Corretja Torrens, M., *La conflictivitat competencial. Article 149.1.1*, IEA, Barcelona, 1989.
- Cruz Villalón, P., «Derechos fundamentales y legislación», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pág. 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», en Martín Retortillo/De Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 95-172.
- «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las comunidades autónomas en la jurisprudencia del TC», RVAP, núm. 10, 1984, pág. 53-72.
- 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)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, tomo I, pág. 1831-1844.
- González Encinar, J. J., *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Jiménez Campo, J., «El legislador de los derechos fundamentales», en *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pág. 473-510.
- «Art. 53.1: protección de los derechos fundamentales», en Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, tomo IV, Edersa, Madrid, 1997.
- Lasagabaster, I., «Los art. 149.1.1 y 20.4 de la CE y los derechos lingüísticos», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991. IEA, Barcelona, 1992, pág. 75-94.
- «Sobre las leyes orgánicas», RVAP, núm. 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, septiembre-diciembre de 1997, pág. 9-24.
- López Guerra, L., «Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE», en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español* (dir. Á. Pérez Calvo), MAP, Madrid, 1990, pág. 79-94.
- «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*. Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991. IEA, Barcelona, 1992, pág. 11-26.
- 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-mayo de 1997, pág. 35-71.
- Pascual Medrano, A., «La Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1998, sobre la Ley vasca de asociaciones», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999, tomo I, pág. 1845-1864.
- Pemán Gavín, J., «Leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes», en S. Martín Retortillo (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría*, I, Civitas, Madrid, 1991, pág. 135-168.
- *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992.
- Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, IVAP, 1994.
- Viver i Pi-Sunyer, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1988.

