

## VIGENCIA RESIDUAL DE NORMAS PRECONSTITUCIONALES

MARIA JOSE VILLA

Universidad de Oviedo

He sostenido siempre que jugar a las cartas con un principiante puede sumir en el aburrimiento a cualquiera. Pues bien, hoy les ha tocado a ustedes soportar la Ponencia de una principiante, y confío en que sean tolerantes conmigo.

El cambio político fue propicio para que algunos profesores universitarios se viesan favorecidos, a juicio de muchos, con una normativa transitoria que, por el camino de la idoneidad, iba a llevarlos al funcionariado sin haber tenido que pronunciar ni una palabra ante el Tribunal encargado de juzgar sus méritos. No quiero entrar a valorar el grado de dificultad que tal vía de acceso encierra, aunque puedo adivinar lo que alguno de los presentes estará pensando al recordar sus propias experiencias. Lo cierto, al menos en lo que a mí respecta, es que van a tener que sufrir las consecuencias en este momento en el que ¡por fin! sabrán cómo habla una idónea. Por tanto, después de que mi exposición concluya no dudo que podrán opinar con conocimiento de causa: ¡cuánto mejor preparados salíamos los adjuntos de antes!

En cualquier caso, se me ha encomendado una Ponencia para este II Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico Español y quiero agradecer sinceramente a los organizadores la deferencia que han tenido conmigo, y si mis compañeros me permiten, también la oportunidad que nos han brindado a los canonistas de las últimas generaciones.

Creo que lo primero que debo explicarles, aunque sea brevemente, es la razón de mi presencia aquí. Es posible que ustedes conozcan ya la reciente aparición de la *Compilación de Derecho Eclesiástico Español*, editada por Tecnos —y como no estamos en televisión aprovecho para hacer propaganda—, de la que somos autores los profesores de Derecho Canónico de la Facultad de Derecho de Oviedo. En atención a mi coautoría en este trabajo se me encomendó el tema de la Ponencia que hoy expongo

ante ustedes: *Vigencia residual de normas preconstitucionales*. Por esta razón, no voy a proporcionarles una teorización porque, ni es lo mío, ni considero sea tampoco lo que se me ha pedido. Incluso diría más, prescindiendo de cualquier disquisición teórica sobre Constitución y Derecho vigente porque no es un tema pacífico y se ha prestado a discusión tanto entre constitucionalistas como entre administrativistas.

Por otra parte, estas polémicas teóricas no ayudan demasiado a resolver lo que a nosotros nos interesa en este momento. He querido conscientemente que mi trabajo enfoque una perspectiva más práctica que en definitiva sirva para intentar ponernos de relieve qué normas preconstitucionales del Derecho Eclesiástico español pueden considerarse vigentes.

Por ello, sólo haré algunas referencias a las soluciones que han sido adoptadas en España, prescindiendo de opiniones personales aisladas, de cualquier discusión doctrinal y de cualquier toma de posición al respecto.

En segundo lugar, quiero anunciarles también mi propósito de omitir toda referencia al tema de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, si se hicieron o no antes de la Constitución y todo lo que de ello pudiera derivarse, básicamente por dos razones. La primera, porque entiendo que quizá el asunto se haya desbordado tratando de reproducir lo sucedido en su momento con los Pactos Lateranenses y la Constitución italiana, en ese afán tan nuestro de que todo sea paralelo. Y esto lo digo porque también existen otras normas cuya redacción conforme al texto constitucional se hizo con anterioridad a la promulgación de la Constitución y respecto a las cuales no se ha suscitado ninguna discusión especial. Sirvan de ejemplo las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas aprobadas por Ley de 28 diciembre 1978<sup>1</sup>. La segunda razón por la que voy a prescindir de toda referencia al tema de los Acuerdos es porque ya se ha dicho tanto al respecto que abordar seriamente esta cuestión exigiría una Ponencia.

Tampoco voy a tocar el tema del matrimonio, dado que las normas preconstitucionales han sido suficientemente modificadas por el legislador que, siguiendo la tradición, se muestra muy solícito a un rápido cambio en esta materia. Ustedes lo conocen sobradamente, y en cualquier caso esto nos llevaría ahora demasiado lejos.

En una primera aproximación y tomando como base la *Legislación eclesiástica del Estado* del Prof. BERNÁRDEZ CANTÓN<sup>2</sup> se observa, utilizando una simple operación aritmética, que respecto a las normas preconstitucionales del período histórico que abarca desde 1938 a 1964, de 345 dis-

---

<sup>1</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, A. C. ALVAREZ CORTINA, M. CAMARERO SUÁREZ y M. J. VILLA ROBLEDOS, *Compilación de Derecho Eclesiástico español (1816-1986)*, Madrid 1986, núm. 345.

<sup>2</sup> Madrid 1965.

posiciones entonces vigentes puede considerarse que subsisten 180 según nuestra Compilación.

Sin embargo, esta afirmación genérica resulta engañosa porque el término «vigencia» necesita ser matizado y precisado o de lo contrario se corre el riesgo de hablar en un sentido demasiado técnico que no se corresponde con la realidad.

Es necesario tener en cuenta en este sentido —como nos recuerdan los profesores VALERA y SATRÚSTEGUI<sup>3</sup>— que un cambio constitucional no produce una ruptura total en el ámbito del Derecho positivo. Por el contrario, grandes sectores del ordenamiento jurídico permanecen vigentes, dado que ni los movimientos reformistas, ni tampoco los revolucionarios suelen enfrentarse con todo el Derecho anterior. Efectivamente parece imposible y poco viable prescindir de golpe de toda la legislación existente sin que se produzcan consecuencias peores que las que se tratan de evitar. Incluso hay normas cuya supervivencia es debida a un mandato expreso de la Constitución. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de Boon remite la regulación de la libertad religiosa a la Constitución de Weimar.

Este fenómeno puede ser particularmente significativo en el Derecho español, en donde la supremacía de la Constitución se va a plantear muy especialmente frente a toda la normativa anterior, puesto que en el ordenamiento jurídico no se realizaron los cambios que acompañaron o precedieron, según los casos, los procesos constitucionales de otros países<sup>4</sup>.

En mi opinión, el problema se plantea, en primer lugar, porque el legislador no suele utilizar demasiado fórmulas derogatorias expresas en las que se enumeren concretamente las disposiciones que en virtud de la nueva ley pierden su vigencia. Por el contrario, es bastante usual, y de forma creciente en los últimos años, encontrar derogaciones genéricas tales como «queda derogado en lo que se oponga». Esta fórmula exige una actividad posterior por parte de los órganos encargados de aplicar el Derecho que puede dar lugar a contradicciones. Así, un Juez puede considerar que una norma en un determinado momento está vigente y, en consecuencia, aplicarla, y otro, estimar que no es susceptible de aplicación por contradecir otra posterior.

Pues bien, esto ocurre con la disposición derogatoria tercera de la Constitución española, en donde se dice: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.» ¿Cuál es la exigencia que se deriva de tal disposición? Evidentemente la necesidad de que todo el Derecho anterior sea interpretado conforme a los principios constitucionales y la consiguiente inaplicabilidad de lo que resulte contrario, y no sólo en virtud del principio temporal según el cual

---

<sup>3</sup> Véase S. VARELA y M. SATRÚSTEGUI, «Constitución nueva y leyes viejas», en *Revista del Departamento de Derecho político*, núm. 4, Madrid 1979, págs. 61-63.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pág. 60.

«ley posterior deroga ley anterior», sino también en atención al principio «ley superior deroga ley inferior».

En todo caso, parece que la citada disposición constitucional —como señala, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>5</sup>— ha derogado por sí misma las leyes anteriores contrarias al menos en dos supuestos claros, a saber: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y parte organizativa y habilitante de los poderes constitucionales. En consecuencia, los mayores problemas interpretativos se van a plantear sobre toda la legislación anterior de contenido no directamente político.

¿Hasta dónde alcanza el efecto derogatorio de la Constitución? Esta es la cuestión más importante porque, si los efectos de la disposición derogatoria tercera se extendiesen a la totalidad de las leyes preconstitucionales cualquiera que fuese su contenido, el problema de su contradicción con la Constitución como presupuesto de su derogación debería ser decidida por los Jueces y Tribunales ordinarios. En el otro caso, no podría hablarse de derogación, sino de inconstitucionalidad, y entonces la competencia sera para el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>.

Vemos por tanto, que el problema se plantea a la hora de determinar cuál es el órgano competente encargado de valorar si una norma se ajusta o no a los preceptos constitucionales cuando coexisten en el ordenamiento institutos jurídicos tales como la derogación y la inconstitucionalidad. Así, la incompatibilidad entre el Derecho anterior y la Constitución —nos dice ARAGÓN REYES<sup>7</sup>— puede suscitar un problema de derogación o un problema de validez según cuál sea el órgano que enjuicia el caso. Lo que no resulta posible es que se den al mismo tiempo la inconstitucionalidad y la derogación. Lo primero es competencia del Tribunal Constitucional; lo segundo, de los Tribunales ordinarios. Inconstitucionalidad y derogación son dos institutos jurídicos distintos que se basan: uno en la noción de validez, y otro, en la de vigencia. El Tribunal Constitucional no deroga, sino que anula, y sólo puede hacerlo cuando la norma anulada poseía un vicio de invalidez. La anulación requiere una norma inválida y la derogación una norma válida. La derogación se refiere a una cuestión de vigencia, mientras que la anulación sólo a un problema de validez<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1982, págs. 72-82; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid 1986, págs. 112-120.

<sup>6</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, cit., págs. 83-94; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., pág. 121.

<sup>7</sup> Véase M. ARAGÓN REYES, «La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al Régimen Local, anteriores a la Constitución», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril 1981, pág. 195.

<sup>8</sup> Véase también L. PAREJO ALFONSO, «La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. (A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema)», en *Revista de Administración Pública*, 1981 números 94-96, págs. 201-223.

El segundo dato a tener en cuenta es el de si la norma es anterior o posterior a la Constitución. En sentido amplio —dice ARAGÓN REYES<sup>9</sup>— la inconstitucionalidad puede ser sinónimo de incompatibilidad entre la Constitución y una ley al margen de si ésta es anterior o posterior a aquélla. Y así cabría hablar de inconstitucionalidad originaria y sobrevenida. Pero, en sentido estricto, la inconstitucionalidad no puede ser más que originaria y, en consecuencia, sólo es posible respecto a las leyes posteriores a la Constitución. La norma fundamental marca unos límites que el legislador no puede sobrepasar, y precisamente cuando se vulneran esos límites se produce la ilegitimidad de la ley y la legitimidad del Tribunal Constitucional para anularla. Así parecen corroborarlo los artículos 35, 1, 38, 1, y 39, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>9</sup>.

Por el contrario, los problemas de derogación son problemas de aplicación del Derecho, es decir de congruencia del ordenamiento jurídico y, como resulta evidente, sólo en cada caso concreto pueden plantearse. Los órganos de aplicación del Derecho son la Administración y los Jueces, y a ellos les corresponde resolver en estos casos. Sólo cuando en un caso concreto se les presenten dudas de la vigencia o no de una ley aplicable, podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>.

Esta tesis es confirmada por el propio Tribunal Constitucional en sentencia de 2 febrero 1981, en donde dice: «así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución por oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por va de la cuestión de inconstitucionalidad»<sup>11</sup>.

En el fondo, a mi modo de ver, tras la polémica en torno a los conceptos de inconstitucionalidad y derogación no late un problema de técnica jurídica o de teoría general del Derecho, sino una cuestión de carácter estrictamente político: justificar con visos de técnica jurídica que sólo un concreto y especial Tribunal pueda controlar al Parlamento.

Pero, ¿qué consecuencias se derivan de esta regulación respecto al tema que a nosotros ahora nos interesa? Parece claro que si los Tribunales ordinarios son los competentes para declarar si el Derecho anterior a la Constitución está o no derogado, no es posible llegar a soluciones únicas que permitan afirmar sin riesgo a equivocarse «tal disposición está vigente»; «esta otra está derogada», puesto que caben pronunciamientos divergentes en torno a la adecuación a la Constitución de una concreta norma jurídica.

---

<sup>9</sup> M. ARAGÓN REYES, *op. cit.*, págs. 195-199.

<sup>10</sup> M. ARAGÓN REYES, *op. cit.*, págs. 202-203.

<sup>11</sup> Sentencia 4/1981, de 2 de febrero. Ponente: Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

El propio Tribunal Constitucional ratifica esta apreciación en la sentencia de 2 febrero 1981, citada, en la que se reconoce que la diferencia entre la derogación y la inconstitucionalidad estriba en que la sentencia del Tribunal Constitucional tendrá fuerza *erga omnes* cumpliendo la «importante función... de depurar el ordenamiento, resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse», lo que no sucede evidentemente con las estimaciones de derogación que puedan hacer los Tribunales ordinarios.

Asimismo, en sentencia de 8 abril 1981, el Tribunal Constitucional dice textualmente que: «La diferencia que existe entre el pronunciamiento de este Tribunal y el que pueden adoptar sobre los temas de derogación los Jueces ordinarios consiste obviamente en que, una vez que este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, todos los poderes del Estado deben acatamiento a su decisión, mientras que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales surten solamente sus efectos en el caso concreto y entre las partes implicadas en tal caso concreto»<sup>12</sup>.

Esta solución adoptada en el Derecho español tiene efectivamente, como ya ha apuntado la doctrina, un inconveniente importante, cual es la inseguridad jurídica que se produce cuando se deja a una multiplicidad de centros de decisión, es decir, a todos los Jueces y Tribunales ordinarios resolver el problema del alcance que la Constitución pueda tener sobre todo el Derecho precedente<sup>13</sup>. Pero, además, impide determinar, como decía, cuándo una norma está realmente vigente con carácter general. Por todo ello, éste es el primer dato importante a tener en cuenta cuando nos referimos al término «vigencia».

En segundo lugar, es necesario precisar que no todos los supuestos de contradicción de una ley anterior con el texto constitucional son insalvables. Así, en determinados casos la incongruencia podrá ser superada a través de una interpretación «constitucional» de la disposición evitando de esta manera el vacío normativo. En otros supuestos, en cambio, esa misma ley o alguno de sus preceptos estarán en abierta contradicción con los principios constitucionales, en cuyo caso los órganos encargados de aplicar el Derecho se verán en la obligación de declarar su derogación en virtud de la primacía de la Constitución y de lo dispuesto en el artículo 3, 1, del Código civil<sup>14</sup>.

Ahora bien, hay que tener presente —como nos indica GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>15</sup>— que la anulación de una ley es un suceso más grave que la

<sup>12</sup> Sentencia 11/1981, de 8 de abril. Ponente: Sr. Luis Díez-Picazo.

<sup>13</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma...*, cit., págs. 92-94; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., pág. 124.

<sup>14</sup> Véase M. ARAGÓN REYES, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, volumen 1, Madrid 1981, pág. 566.

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, cit., pág. 96; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit., págs. 126-127.

anulación de un acto de la Administración en virtud de la inseguridad jurídica que puede llegar a presentarse, dado que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el vacío legal producido. Incluso este vacío legal puede dar lugar a situaciones de mayor inconstitucionalidad que las que la norma anulada regulaba. Es decir, que el principio de conservación de la ley existe y mientras la derogación no se haga de modo expreso, las consecuencias pueden ser variadas, lo que imposibilita afirmar sin género de dudas «esto está derogado».

Por todo ello, el propio Tribunal Constitucional, en sentencia de 26 enero 1981, entre otros extremos declara: «El artículo 73, y con él el 82 —se refiere a preceptos del Código civil—, tenemos que interpretarlos en nuestro tiempo, marginando soluciones fáciles apoyadas en la efectividad de la disposición derogatoria de la Constitución, y evitando, sin daño para el sistema, y, desde luego, para la armonía de las relaciones institucionales que dice el artículo 16, 3, de aquélla, vacíos normativos, a la espera de nuevas regulaciones en la materia...»<sup>16</sup>.

Igualmente, en sentencia de 2 febrero 1981 el mismo Tribunal ha señalado «que cuando se plantea la derogación de una ley preconstitucional es necesario apurar, en primer lugar, todas las posibilidades de interpretarla de conformidad con la Constitución, y tan sólo debe declararse la derogación de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación; dicha valoración, por otra parte, debe hacerse desde la perspectiva que ofrece el caso planteado, sin excluir, cuando no se observa tal incompatibilidad, que en el futuro puedan plantearse otros que pongan de relieve la oposición del precepto con la Constitución»<sup>17</sup>.

Veamos un ejemplo concreto. El Reglamento de disciplina académica de los Centros Oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica, de 8 septiembre 1954<sup>18</sup>, dispone en los artículos 2 y 5 que se considerarán faltas graves las manifestaciones contra la religión y moral católicas o contra los principios o instituciones del Estado. Evidentemente esta regulación responde a un momento histórico muy distinto al presente, pero el Reglamento no ha sido expresamente derogado y yo misma he sido testigo de su aplicación el pasado curso en la Facultad de Derecho de Oviedo. Así las cosas, ¿cuáles serían las posibles soluciones en torno a la vigencia de los citados preceptos? Entiendo que dos. Considerar que los artículos 2 y 5 han sido directamente derogados por la disposición derogatoria tercera de la Constitución porque no se respeta el principio de igualdad proclamado en el artículo 14; o entender que en una interpretación constitucional, y en virtud del principio de igualdad, se considerarán faltas graves,

<sup>16</sup> Sentencia 1/1981, de 8 de abril. Ponente: Sr. Jerónimo Arozamena Sierra.

<sup>17</sup> Sentencia 4/1981, de 2 de febrero. Ponente: Sr. Rafael Gómez-Ferrer Morant.

<sup>18</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 129.

no sólo las manifestaciones contra la religión y moral católicas, sino también las manifestaciones contra cualquier religión o creencia. Esta interpretación no parece tan descabellada, sobre todo si tenemos en cuenta que el legislador ha reconocido como uno de los derechos fundamentales del individuo la libertad ideológica, religiosa y de culto a tenor de lo dispuesto en el artículo 16, 1, de nuestro primer cuerpo legal. Pero, en definitiva, serán los Tribunales los que tendrán la última palabra si el caso llegara a plantearse.

La tercera consideración respecto al término «vigencia» es que no siempre da una idea exacta de la realidad. Así, por ejemplo, en materia de reconstrucción de templos parroquiales existe un Decreto de 10 marzo 1941<sup>19</sup> en el que se regulan los proyectos de reconstrucción de iglesias y la aportación económica del Estado o, en su caso, los auxilios de orden técnico que resulten de utilizar sus organismos y servicios. En él se prevé que para la ordenación, recaudación y administración de fondos, informe de proyectos y demás fines que se les señalen, podrá constituirse una Junta Nacional y las Juntas Diocesanas y Locales que se considere conveniente. Pues bien, el Decreto de 10 mayo 1979<sup>20</sup> suprime la Junta Nacional de Reconstrucción de Templos por entender que las circunstancias que motivaron la creación de dicho Organismo estaban ya superadas. Sin embargo, tal derogación tiene unas consecuencias prácticas mínimas, pues subsiste el Decreto de 10 marzo 1941, con la excepción del artículo 7, lo que significa que el Estado se compromete a seguir colaborando en la edificación de templos. Existen además otras disposiciones que avalan tal afirmación. Así la Ley de 26 diciembre 1957 declara de utilidad pública las obras de construcción y ampliación de templos; o el Decreto 736/1962, de 5 abril, que regula la construcción de edificios religiosos en núcleos de población formados en su totalidad, o al menos en un 50 por 100, de viviendas de protección estatal; o la Circular de 14 marzo 1964, del Instituto Nacional de la Vivienda, en la que se regulan la reserva de terrenos, construcción y utilización de edificios religiosos y viviendas para sacerdotes<sup>21</sup>. Por tanto, la conclusión que puede sacarse a la vista de toda esta normativa es que desaparece un organismo concreto del Ministerio de la Vivienda, hoy Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, pero que sus funciones continúan.

Por el contrario, en materia de beneficencia la Ley General de Beneficencia de 20 junio 1849<sup>22</sup> crea en el artículo 6 la Junta General de Beneficencia que se compondrá: de un Presidente, que nombrará el Gobierno; del Arzobispo de Toledo, Vicepresidente; del Patriarca de las Indias

<sup>19</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 59.

<sup>20</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 353.

<sup>21</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 160, 199 y 216, respectivamente.

<sup>22</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 4.

y del Comisario general de Cruzada, como individuos natos; de un Consejero Real de la Sección Gobernación y otro de la de lo Contencioso; de un Consejero de Instrucción Pública; de otro de Sanidad que sea Médico, y de cuatro Vocales más, nombrados todos por el Gobierno; del patrono de un Establecimiento General que se halle domiciliado en Madrid, y si fuesen varios, de dos, que elegirá el Gobierno. Tal Junta, respecto a la que desconozco si ha llegado a reunirse alguna vez, es un organismo que hoy podríamos calificar de «sin vida» a pesar de que continúa vigente. Por tanto, ¿qué es lo vigente? Desde un punto de vista estrictamente técnico jurídico la legislación de beneficencia del siglo pasado está «vigente»; desde un punto de vista real no es algo «vigente» sino muerto. A la inversa sucede, sin embargo, con la reconstrucción de templos, puesto que aunque se suprimen determinados organismos, sus funciones se encomiendan a otros. En definitiva, es necesario tener presente que no siempre el grado de vigencia se corresponde con el grado de eficacia de unas concretas disposiciones jurídicas.

Por último, decía que el término «vigencia» no da idea exacta de la realidad porque no siempre lo plasmado en una norma tiene una efectividad práctica o se corresponde con lo que sucede de hecho. Me explico. El derecho de asistencia religiosa no se reconoce en el ordenamiento jurídico español hasta época postfranquista y realmente es posible constatar que antes, en ningún texto jurídico aparece regulada la asistencia religiosa como derecho de la persona. Sólo a partir de la Constitución se proclama este derecho, y es entonces cuando los poderes públicos están llamados a hacerlo efectivo. Sin embargo, respecto, por ejemplo, de la religión católica, mayoritaria en nuestro país, podríamos preguntarnos cuándo el individuo tuvo mejor y más asistencia en ese sentido, ¿antes de la Constitución?, ¿después de la Constitución?, porque, evidentemente, proclamar un derecho sirve de muy poco si tal proclamación no va acompañada de las oportunas medidas que lo hagan operativo. Inversamente, puede darse el caso de que un derecho sin estar constitucionalmente formulado esté reconocido de hecho y las personas vengán disfrutando de él sin ningún tipo de trabas. Es decir, que la plasmación de un derecho en una norma legal no siempre coincide con el momento a partir del cual se puede ejercitar o se ejercita realmente.

Por lo que se refiere al carácter «residual» de esa vigencia es necesario hacer también ciertas salvedades. La primera está en relación con el carácter irretroactivo de la Constitución. En su virtud, las situaciones jurídicas que se hayan producido al amparo de una ley anterior y cuyos efectos se dilaten en el tiempo, seguirán rigiéndose por esa ley incluso aunque la misma no esté en armonía con los preceptos constitucionales.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 julio 1986 declara: «Sucede, sin embargo, que si aceptáramos que los hechos fueron

exactamente tal como él los describe, y que efectivamente la desigualdad de trato fue incompatible con las exigencias que derivan de nuestra Constitución, ésta no pudo resultar vulnerada por esos actos por la buena y simple razón de que, cuando esos actos se produjeron, la Constitución no existía. El respeto a la Constitución exige, sin duda, que se hagan desaparecer situaciones jurídicas nacidas de actos jurídicos contrarios al orden constitucional, pero la Constitución no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, es absolutamente imposible crear *ex novo* por su imperio situaciones jurídicas que antes de su promulgación no llegaron a nacer»<sup>23</sup>.

Así es posible que normas, incluso derogadas por la disposición derogatoria tercera, sean de aplicación a supuestos muy concretos siempre que se trate de situaciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución; y esta aplicación —como dice JIMÉNEZ LUNA— no sólo no repugna a la naturaleza de la técnica abrogatoria y, en general, a las reglas de aplicación del Derecho, sino que, además, constituye una exigencia elemental del principio de seguridad jurídica. Es más, si ante un Tribunal ordinario llegara a plantearse un supuesto de hecho concreto producido antes de la entrada en vigor de la Constitución y regulado por una norma cuya inconstitucionalidad haya sido declarada ya por el Tribunal Constitucional, será de aplicación la norma vigente en aquel momento en virtud del principio *tempus regit actum*, aunque sobre la misma pese tal declaración de inconstitucionalidad y ésta tenga efectos *erga omnes*<sup>24</sup>.

Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente derogación, deja vigente la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 164 de la Constitución en conexión con su disposición derogatoria. En consecuencia, sólo el precepto o preceptos afectados perderán su fuerza de obligar quedando los demás vigentes hasta tanto no sean expresamente derogados por el legislador.

Por último, hay que hacer notar que efectivamente en algunos casos queda vigente lo que «por olvido», por «dificultad práctica» o por «inerencia» no ha sido derogado. Pero no siempre esto es así y en ocasiones se produce el fenómeno contrario; es decir, el renacer de normas cuya vigencia se remonta en el tiempo. Por ejemplo, los derechos del hombre renacen en España a partir de un determinado momento en que comienzan a ser suscritos los Tratados internacionales en los que se proclaman. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 diciembre 1948, cuya fuerza de obligar en España deriva de la mención expresa que de ella hace el artículo 10, 2, de la Constitución de 1978; o el Convenio de 4 noviembre 1950, para la protección de los derechos humanos y libertades funda-

<sup>23</sup> Sentencia 91/1986, de 2 de julio. Ponente: Sr. Francisco Rubio Llorente.

<sup>24</sup> P. A. JIMÉNEZ LUNA, «Derogación expresa e “inconstitucionalidad sobrevenida”»: importante sentencia del Tribunal Constitucional», en *La Ley*, 1 (1981), págs. 1031-1035.

mentales, que entró en vigor en España el 4 octubre 1979; o el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, abierto a la firma el 19 diciembre 1966 y que entró en vigor en España el 27 julio 1977; o el Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, abierto a la firma el 19 diciembre 1966 y que entró en vigor en España el 27 julio 1977, por citar algunos de los más significativos<sup>25</sup>.

También en la regulación de los enterramientos en los cementerios municipales renace la no discriminación por motivos religiosos. En este sentido, la legislación franquista y concretamente el artículo 1 de la Ley de 10 diciembre 1938<sup>26</sup>, derogó la republicana, obligando a las autoridades municipales a restablecer las antiguas tapias que siempre separaron los cementerios civiles de los católicos. En el mismo sentido, la Ley de Bases de la Organización de la Sanidad Nacional de 25 noviembre 1944<sup>27</sup> estableció que todo Municipio tiene la obligación de disponer de uno o varios cementerios católicos, de capacidad adecuada a su población, y de cementerios civiles independientes de los católicos. Pues bien, la Ley de 3 noviembre 1978 que regula los enterramientos en los cementerios municipales<sup>28</sup>, viene a establecer de nuevo que los Ayuntamientos están obligados a que los enterramientos que se efectúen en sus cementerios se realicen sin discriminación alguna por razones de religión ni por cualesquiera otras, incluso antes de que la Constitución hubiese entrado en vigor. Es decir, que un principio contenido en una normativa que fue derogada precisamente por no ser discriminatoria, renace con el paso del tiempo y vuelve a estar plenamente vigente.

La misma vigencia residual puede predicarse del Convenio entre el Estado español y la Santa Sede de 1950, que renace en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, 1, J), de la Orden de 11 febrero 1982, sobre denominación y regulación de las tarjetas de identidad militar<sup>29</sup>. En el citado precepto se establece que la tarjeta tipo A documentará a «sacerdotes conforme a lo dispuesto en el Convenio entre la Santa Sede y el Gobierno español de fecha 5 agosto 1950, presten servicios en este Ejército, disfrutando a todos los efectos, consideración de alféreces. Cuando cesen, les será retirada la documentación de referencia».

Hechas estas consideraciones, me propongo analizar brevemente alguno de los rasgos más característicos de la legislación preconstitucional agrupada en las siguientes tres etapas: prefranquista, franquista y postfranquista.

Dentro de la legislación prefranquista destacan sin duda la Ley de Enjuiciamiento civil, aprobada por Real Decreto de 3 febrero 1881, y el Có-

---

<sup>25</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 97, 107, 240 y 242, respectivamente.

<sup>26</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 46.

<sup>27</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 70.

<sup>28</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 335.

<sup>29</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 423.

digo civil, aprobado por Ley de 26 mayo 1889<sup>30</sup>. Su vigencia es indiscutible y su importancia lo suficientemente considerable como para que el legislador haya ido introduciendo todas las reformas necesarias para tratar de adaptar esos viejos Códigos a las nuevas exigencias legales y a los mandatos constitucionales. En este sentido, sí me parece curiosa la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil introducida por Ley 34/1984, de 6 agosto<sup>31</sup>, respecto a las medidas provisionales en relación con las personas, artículos 1.880 y siguientes, en donde se observa un trato discriminatorio en favor de la mujer casada que está muy lejos de respetar el principio de igualdad.

En el Código civil choca, a mi entender, la prohibición contenida en el artículo 172, 1, en virtud de la cual no pueden adoptar las personas a quienes su estatuto religioso prohíba el matrimonio. La constitucionalidad de tal norma es discutible en atención a los principios de aconfesionalidad e igualdad proclamados en la Constitución e incluso existen casos concretos en que los Tribunales ordinarios han entendido que tal prohibición no podía considerarse vigente<sup>32</sup>.

Es de destacar, asimismo, lo preceptuado en el artículo 38, en donde se reconoce que el tema de la personalidad jurídica de la Iglesia es materia que debe ser tratada según lo concordado entre ambas potestades. Y digo que es destacable porque aunque no estamos ante un mandato constitucional sino de ley ordinaria, su repercusión ha tenido un indiscutible valor en las relaciones Iglesia-Estado en España durante un largo período histórico.

Peculiar y complicada resulta la legislación sobre capellanías, casi toda ella del siglo XIX. Se caracteriza principalmente por la falta de principios generales claros que imposibilitan soluciones genéricas y obligan a resolver caso por caso. Es una normativa que, en mi opinión, permanece un poco en virtud de la inercia y de la dificultad que representa para el legislador conocerla en profundidad y emprender la necesaria reforma. Esta dificultad se pone de relieve, además, porque mientras la mayor parte de las disposiciones de la época se van actualizando, el tema de las capellanías es intocable.

Son de destacar también la gran cantidad de normas relativas al clero castrense. Una lectura detenida de las mismas pone de manifiesto que en su mayor parte son disposiciones contrarias a los principios constitucionales y que a medida que se van revisando se van adaptando a la Constitución, si bien es verdad que muchas veces el cambio afecta más a la forma que al fondo. Por ejemplo, en las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra,

<sup>30</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 11 y 16, respectivamente.

<sup>31</sup> B.O.E. núm. 188, de 7 de agosto.

<sup>32</sup> Véase C. SECO CARO, «¿Pueden adoptar los clérigos católicos en el ordenamiento español después de la Constitución de 1978?», en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid 1983, págs. 763-804.

aprobadas por Real Decreto 2.945/1983, de 9 noviembre<sup>33</sup>, está previsto que junto a los capellanes católicos haya capellanes de otras religiones, y según dispone el artículo 244, su actuación será análoga a la de los católicos «en consonancia con los Acuerdos que el Estado haya establecido con la Iglesia, Confesión o Comunidad religiosa correspondiente». Dado que en España no existen acuerdos con confesiones religiosas distintas de la católica, esta previsión legal, respetuosa con los principios establecidos en la Constitución, queda desvirtuada en la práctica.

Un dato que sí me parece interesante resaltar en la normativa referente al clero castrense es que estamos en el campo en el que menos derogaciones tácitas se encuentran, porque, como regla general, la nueva norma contiene una disposición derogatoria en la que se enumeran con todo rigor las que quedan derogadas. Parece que la disciplina propia del Ejército se pone de manifiesto incluso en estos detalles.

En cuanto a las dotaciones de «culto y clero» que se restablecen después de la II República, subsiste todavía hoy la legislación en la que se prevé que en los Presupuestos Generales del Estado habrá una partida destinada al efecto. Sin embargo, hay que hacer notar la incidencia del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 1979 en esta materia en virtud del cual el Gobierno ha anunciado ya su intención de llevar a cabo el nuevo sistema de aportación económica previsto en el artículo 2, 2, del citado texto legal<sup>34</sup>. Tal sistema sustituirá al de dotación proporcionado a la Iglesia católica recursos de cuantía similar a los que venían dándosele hasta ahora.

En cualquier caso, parece que, efectivamente, las dotaciones presupuestarias a favor de la Iglesia católica corresponden a una época de confesionalidad del Estado y su constitucionalidad es más que dudosa. Únicamente aplicando el principio de igualdad puede explicarse su vigencia después de 1978.

Pasemos ahora a la época franquista. De la época franquista hay que resaltar, en primer lugar, la equiparación de la Iglesia católica a los organismos estatales. Son muchas las normas de nuestro ordenamiento en las que puede constatarse esta equiparación, pero sirvan, a título de ejemplo, el Decreto de 14 febrero 1947 y el Decreto 4.104/1964, de 24 diciembre. El Decreto de 14 febrero 1947 por el que se aprueba el Reglamento hipotecario<sup>35</sup>, establece en el artículo 4 que: «Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a la que pertenezcan y, por tanto, los del Estado, la Provincia, el Municipio y Entidades civiles y eclesiásticas.» El Decreto 4.104/1964, de 24 diciembre, que aprueba el Texto refundido de

<sup>33</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 456.

<sup>34</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 347.

<sup>35</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 86.

la Ley Reguladora de Arrendamientos Urbanos<sup>36</sup>, dispone en el artículo 4 que se regirán por el contrato de inquilinato los locales ocupados por la Iglesia católica, Estado, Provincia, Municipio, Entidades benéficas, Asociaciones piadosas, Sociedades o Entidades deportivas comprendidas en el artículo 32 de la Ley de Educación Física, Corporaciones de Derecho público y, en general, cualquier otra que no persiga lucro.

Llama también la atención la reiterada presencia de autoridades eclesiásticas en muy variados y diversos organismos. Incluso he llegado a pensar que esta presencia sea un exponente, no sólo de la confesionalidad del Estado, sino también la constatación de un hecho social muy extendido: el religioso. Es particularmente significativo en los Derechos forales de Alava, Cataluña, Aragón y Navarra y Vizcaya<sup>37</sup>, en donde a los párrocos les están encomendadas importantes funciones al margen de su misión pastoral.

Parece que, efectivamente, en la mayoría de los casos se cuenta con un representante de las distintas esferas sociales, ya sean políticas, deportivas, culturales, religiosas, etc. Y esta presencia puede constatarse también, aunque con menos intensidad, en épocas posteriores en las que parece menos sospechosa su designación. Así, vigente la Constitución de 1978, el Real Decreto 2.955/1979, de 17 diciembre, por el que se modifica el Real Decreto de 15 septiembre 1978, sobre la Comisión nacional de cooperación con la U.N.E.S.C.O.<sup>38</sup>, dispone en su artículo único que forman el Pleno de la Comisión el Presidente, los Vicepresidentes, los Vocales y los Secretarios. Figuran para estos cargos el Ministro de Educación, el Subsecretario de Cultura y el Subsecretario de Universidades e Investigación, y entre los Vocales se designa un representante de la Comisión Episcopal de Enseñanza.

Mención especial merece igualmente el Convenio de 5 abril 1962 entre el Estado español y la Santa Sede sobre reconocimiento de efectos civiles de estudios de ciencias no eclesiásticas realizados en España en las Universidades de la Iglesia<sup>39</sup>. Durante los últimos veinticinco años no ha habido en España más enseñanza universitaria no estatal que la impartida en Facultades y Escuelas Técnicas Superiores de la Iglesia católica, y todavía hoy, aunque exista la previsión legal, no se han creado otras Universidades privadas. En consecuencia, son muchos los títulos universitarios que se han obtenido y se obtienen en sus Centros. Además, su plena vigencia queda patente en virtud de lo preceptuado en el artículo 10 del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 1979 y en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Re-

<sup>36</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 224.

<sup>37</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 180, 186, 247 y 281, respectivamente.

<sup>38</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 367.

<sup>39</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 198.

forma Universitaria <sup>40</sup>, que parece reconocer un régimen legal distinto para las Universidades privadas —que se regirán por los artículos 57 a 59 de la citada Ley— y para las de la Iglesia, que se regirán por lo acordado entre el Estado español y la Santa Sede, lo que deja patente la importancia de los acuerdos suscritos en la materia.

Termino la época franquista con una referencia a la legislación que nadie se atreve a tocar: la de asociaciones. Tanto el Decreto de 25 enero 1941 que establece normas para la constitución de asociaciones católicas como la Ley 191/1964, de 24 diciembre, sobre Asociaciones, como el Decreto 1.440/1965, de 20 mayo, por el que se dictan normas complementarias a la Ley de Asociaciones <sup>41</sup>, son normas que no han sido derogadas ni sustituidas por otras más acordes con los nuevos principios constitucionales. Se conserva, pues, aquello que es restrictivo aunque no se adapte del todo a lo establecido en la Constitución, e incluso se pasa porque los católicos gocen de ciertos privilegios, antes que emprender la necesaria reforma. Este estado de cosas parece confirmar en definitiva la desconfianza general del Derecho continental hacia el fenómeno asociativo.

La legislación postfranquista se caracteriza por el talante innovador que late en las disposiciones y que es fruto de los nuevos aires que corren en el panorama político español. Son normas preconstitucionales en el sentido más genuino del término; es decir, no anteriores en el tiempo, sino precedentes o previas a la Constitución y que se dictaron en contemplación de su promulgación futura.

Se observa, sobre todo a partir de 1975, una posición levemente desconfesionalizadora en la que el factor religioso empieza a ser tratado como un factor social más, enumerado dentro de una amplia y variada lista de servicios que el Estado se compromete a prestar al ciudadano. Así, en el artículo 13, 2, *d*), del Decreto 1.346/1976, de 9 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana <sup>42</sup>, se dispone que los Planes Parciales de Ordenación contendrán determinaciones tales como emplazamientos reservados para templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social. E igualmente, en el artículo 2, *c*), del Real Decreto 3.148/1978, de 10 noviembre, que desarrolla el Real Decreto-Ley 31)1978, de 31 octubre, sobre política de vivienda <sup>43</sup>, se dice que la protección oficial, en las condiciones que para cada caso se establezcan a continuación, se extenderá también a las edificaciones, instalaciones y servicios complementarios para fines religiosos, culturales, comerciales, sanitarios, asistenciales, deportivos, admi-

---

<sup>40</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 348 y 449, respectivamente.

<sup>41</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núms. 58, 225 y 229, respectivamente.

<sup>42</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 299.

<sup>43</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 336.

nistrativos, político, recreativos y, en general, todas aquellas obras destinadas a equipamiento social.

En mi opinión, una concreta disposición marca con precisión la frontera del cambio al que aludo. Me refiero al Acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno español de 1976 por el que se renuncia a la presentación de Obispos y al privilegio del fuero<sup>44</sup>. A raíz de ese momento la legislación estatal en materia eclesiástica toma definitivamente un nuevo rumbo que presagia los nuevos principios constitucionales. La igualdad, la no discriminación por motivos religiosos, la libertad religiosa o la aconfesionalidad empiezan a estar presentes en todas las disposiciones legales cualquiera que sea el sector del ordenamiento al que se refieran.

Así, el artículo 1, 1, del Decreto 2.398/1977, de 27 agosto, que regula la inclusión del clero en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social<sup>45</sup> dispone: «Los clérigos de la Iglesia católica y demás ministros de otras Iglesias y Confesiones religiosas debidamente inscritas en el correspondiente Registro del Ministerio de Justicia quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en las condiciones que reglamentariamente se determinen.»

El artículo 13 del Real Decreto 2.082/1978, de 25 agosto, por el que se dictan normas provisionales de gobierno y administración de hospitales<sup>46</sup> es también un claro exponente. En él se dice que la admisión y estancia en el hospital ha de responder a la finalidad primordial de diagnóstico, tratamiento médico o quirúrgico y atención sanitaria, sin discriminación alguna. Que son obligaciones para el establecimiento y su personal y, por tanto, derechos del enfermo asistido, la cortesía, el trato humano, el respeto a las opiniones personales y creencias religiosas y la asistencia religiosa según su confesionalidad.

Asimismo, el artículo 5 de la Ley 61/1978, de 27 diciembre, que dicta normas reguladoras del Impuesto sobre Sociedades<sup>47</sup>, dispone que estarán exentos del Impuesto sobre Sociedades la Iglesia católica y las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas.

Incluso en el ámbito militar se aprecia el cambio como son fiel reflejo las disposiciones contenidas en el Real Decreto 3.331/1978, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de establecimientos penitenciarios militares<sup>48</sup>. El artículo 1, 3, dice que: «La misión penitenciaria se ejercerá con estricto respeto a la personalidad humana de los reclusos y a los derechos e intereses jurídicos de los mismos, no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opinión, creencia religiosa, condición social o cualesquiera otras circunstancias de

<sup>44</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 303.

<sup>45</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 319.

<sup>46</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 333.

<sup>47</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 343.

<sup>48</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE y otros, *Compilación...*, cit., núm. 340.

análoga significación.» En el artículo 42 se dice, respecto a los sentimientos religiosos, que: «Se reprimirá con todo rigor cualquier demostración exterior que signifique irreverencia o burla a las creencias religiosas...» El artículo 74, 6, prevé, en los casos de pena de muerte, que: «El capellán de la prisión visitará asiduamente al condenado, si éste lo desea. Si solicita asistencia espiritual de otro sacerdote o ministro de otra religión, se le complacerá en lo posible.» Y en la misma tónica, otros cuantos artículos del citado Real Decreto a los que no me refiero expresamente en este momento para no hacer la exposición demasiado larga.

Estamos, en definitiva, en el comienzo de una nueva etapa que se inicia formalmente con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y que dará paso a una nueva forma de enfocar el tratamiento de fenómeno religioso en el Derecho español.

Por mi parte, nada más. Gracias por la atención que me han prestado y espero que en la Mesa redonda de mañana tengamos ocasión de hablar sobre aquellos aspectos de la Ponencia que hayan suscitado su interés.