

# EL «JUICIO DE RAZONABILIDAD» EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ANGEL CARRASCO PERERA

*SUMARIO:* 1. Introducción.—2. El factor razonabilidad.—3. El problema de la cuestión de hecho.—4. El juicio de legalidad.—5. La interpretación material.—6. El uso discursivo de la idea de contenido esencial.—7. El poder de concentración de los artículos que legitiman el amparo.—8. La justicia como valor.—9. La búsqueda de la solución menos incidente.—10. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional declarando la nulidad de determinados preceptos fundamentales de la LOAPA ha puesto sobre el tapete una pregunta, que no pertenece sólo a la reflexión jurídica, acerca de los criterios de decisión del TC: ¿de dónde obtiene dicho Tribunal la autoridad para enervar el programa político de un Gobierno en un sistema constitucional que descansa en el juego de las mayorías? Así expresada, esta pregunta carece jurídicamente de sentido, ya que, como nos recuerdan los fallos de cada una de las sentencias, aquella autoridad le viene conferida por la Constitución de la nación española. La pregunta, pues, debe formularse de otro modo: ¿cómo justifica el TC el uso de esta autoridad? La cuestión goza hoy día de una cierta actualidad periodística (que las sentencias sobre el «caso Vinader», y la que aprecia la constitucionalidad del Decreto-ley expropiador de Rumasa no han hecho más que acrecentar). Hace poco un conocido diario se preguntaba qué ocurriría si el TC echara por tierra cada uno de los programas políticos del Gobierno; el peligro —comentaba un diputado socialista— era evidente, pues conduciría nada menos que a la conversión monolítica de la Constitución en un sistema de valores rígidos, desconociendo el carácter abierto de la Ley Fundamental, concebida precisamente en el proceso constituyente como posibilidad de convivencia de alternativas opuestas.

La cuestión adquiere un carácter patológico cuando se observa que en la práctica política española la oposición parlamentaria ha decidido convertir al TC en el foro en el que se ventila la lucha política. Imposibilitada numéricamente para obtener una plasmación normativa de su ideario político, dicha oposición traslada al TC la responsabilidad de dar esa decisión política a través de un cauce procesal y un pronunciamiento que presupone, por definición, que las alternativas políticas constituyen supuestos «justicia-bles». Y puede considerarse patológica porque supone la inversión de la conocida fórmula de Triepel, según la cual todos los conflictos constitucionales son conflictos políticos. Ahora se dirá: todo conflicto político resulta constitucionalmente justiciable. Consecuentemente, el contenido político de una decisión debe investirse de la forma de un pronunciamiento judicial. Y aquí es donde radica el problema. Recordemos que según Schmitt, el más lúcido enemigo de la justicia constitucional, la Constitución no puede ser el fundamento de decisión sobre su propio contenido, ya que el tipo constitucional no puede servir de presupuesto para una subsunción normativa, que es precisamente el mecanismo de aplicación judicial del Derecho. Puesto que el contenido de un acto de configuración política, decía, no puede obtenerse por medio de una deducción normativa, la sentencia del juez constitucional, que supone una configuración de aquel tipo, esconde una decisión política bajo un mecanismo formalmente *justizförmig*. La tesis de Schmitt plantea el problema en los límites en los que se va a desarrollar este estudio: que el uso y ejercicio de la autoridad que la Constitución otorga al TC sólo puede ser legítimo si la decisión de dicho Tribunal sobre el supuesto judicial que se somete a su examen puede ser reconocida como una decisión jurisdiccional, y no como un acto de configuración política. Esto significa responder a dos cuestiones: 1) Cómo una decisión que *ratione materiae* tiene un evidente contenido político puede aparecer como un *dictum* de justicia. 2) Cómo el procedimiento de toma de decisión puede ser reconocido como un proceso.

En un plano teórico, las posibilidades que se ofrecen a una justicia constitucional pueden clasificarse como sigue:

1. Una subsunción directa del supuesto de hecho (Ley pretendidamente inconstitucional o derecho fundamental pretendidamente violado) bajo la presuposición de que los conceptos constitucionales están definidos por el autor de la Ley Fundamental. El precepto constitucional es completo y al juez no le corresponde labor ninguna de integración del mismo. Recordemos que sobre esta idea de base se estructuró originalmente el recurso de casación francés a partir de la técnica, implantada por la legislación revolucionaria, del *référé législatif*. Esta primera posibilidad olvidaría que el enjuiciamiento de la rectitud de una decisión —según Haverkate— no es inmanente a la norma que fundamenta la decisión. Una cosa sería la corrección de un pronunciamiento judicial y otra la rectitud del mismo: ambas no pueden ser obtenidas de la misma fuente, ya que exigiría de la norma que fundamenta el

fallo que dicha norma contuviera su propia justificación. Este hecho puede no ser decisivo para un juez ordinario, en el cual la sumisión a la legalidad estricta puede ser, en principio, motivo bastante para evitar cualquier reproche (recordemos que la estructura del Estado moderno está montada sobre el supuesto de que el juez no es el responsable de las consecuencias políticas subyacentes a la Ley que debe aplicar), pero no lo es para el juez constitucional en la medida en que es especialmente responsable de sus decisiones, y, según Bachoff, menos que ningún otro juez debe perder de vista las consecuencias políticas de sus actos. Una segunda crítica a esta primera posibilidad la constituye la evidencia, que ya es lugar común en la doctrina, de que no existen en la Constitución términos cerrados que no requieran una mínima actividad integradora. Por último, el hecho de que la norma constitucional, en comparación con la Ley ordinaria, rara vez ofrece fundamentos de motivación bastantes de la decisión obtenida de dicha norma. En la legalidad ordinaria el supuesto planteado como problema ya tiene dentro del Ordenamiento Jurídico un campo de regulación acotado que limita las soluciones posibles, mientras que en la práctica de la Jurisprudencia constitucional se revela la necesidad de una aplicación en bloque de la Ley Fundamental ante la dificultad de encontrar el «precepto adecuado al caso». En la legalidad ordinaria abundan igualmente disposiciones de carácter técnico (las que establecen plazos, las que determinan el *quantum* exacto de la medida, las leyes clasificatorias, etc.) que pueden obviar la necesidad de su motivación, mientras que en la justicia constitucional no ocurre lo propio. Un ejemplo de esta singularidad de la justicia constitucional la constituye, claro está, el principio de igualdad. Si cualquier situación jurídica de desigualdad pudiera dar lugar a una sentencia estimatoria de amparo sin más que la constatación indiscriminada de dicha desigualdad, el TC no podría motivar sus sentencias si no es en la misma norma constitucional que le sirve de base. Si un sindicato de extensión territorial limitada a una Comunidad Autónoma pretende el amparo por no haber sido enviado como representante español a la OIT, cuando existe otro sindicato de similares características que sí ha gozado de ese beneficio, el TC podría, del mero examen del artículo 14, estimar que se ha producido una discriminación. Una sentencia así no podría estar motivada, ya que sólo podría buscar dicha motivación en el mismo artículo que ha fundamentado la decisión: el artículo 14 prohíbe la desigualdad; como la situación planteada encierra una medida que establece una desigualdad, esta medida es inconstitucional porque el artículo 14 prohíbe toda desigualdad. El peligro, pues, de ese primer método aplicativo consiste en su redundancia.

El TC ha renunciado a esta aplicación automática e indiscriminada del Texto Fundamental:

«Cuando se habla de la arbitrariedad del Legislativo no puede tratarse de la adecuación del acto a la norma, pero

tampoco puede reducirse su examen a la confrontación de la disposición legal controvertida con el precepto constitucional que se dice violado.» (Sentencia de 20 de julio de 1981.)

2. Una interpretación finalista en el sentido de que la Constitución incorpora un determinado sistema de valores. Podría llamarse una aplicación principialista-valorativa del texto constitucional. En este caso el TC no podría sustraerse a una decisión política. La cuestión de la decisión valorativa la iremos viendo a lo largo de este estudio. De momento, baste advertir que el TC no ha utilizado nunca este método sino para soluciones aisladas o como determinación de lo que más adelante llamamos el «factor razonabilidad». Una pretensión de interpretación finalista en el sentido de decisión valorativa de la Constitución es la que pretende González Pérez, que, siguiendo la doctrina italiana del uso alternativo del Derecho ve, en el artículo 9.2 CE, la posibilidad de una «justicia militante» al servicio de determinados postulados ideológicos.

La sentencia de 8 de junio de 1981 declara que «nuestra Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental». Un pronunciamiento así es peligroso, pues está suponiendo que es el propio TC el legitimado para decidir cuáles son los valores que deben regir la convivencia política de un país. Sin embargo, esta declaración principialista no debe llevarnos a engaño, puesto que en esta sentencia es utilizada únicamente para hacer posible una extensión de las garantías procesales del artículo 24 CE al procedimiento administrativo sancionador. La interpretación finalista y el sistema de valores constituyen aquí únicamente la motivación de un procedimiento analógico legítimo, propio de toda integración judicial del Derecho.

Configurar la CE como un sistema de valores plantea el problema de que una deducción de esos valores para solucionar el caso concreto olvidaría que la norma fundamental aparece, en expresión de Haeberle, como una «apertura» (*Offentlichkeitbezug*) que el Derecho Natural (que, a fin de cuentas, es lo que significa un sistema institucionalizado y objetivamente válido de valores) *no puede tematizar*. La Ley Fundamental, dice el autor, aparece así como un *öffentliche Prozess* en el cual una aplicación estricta a partir de un sistema de valores fijos impediría el «proceso de crecimiento» del propio sistema constitucional. La teoría constitucional aparece como una comprensión abierta de la política constitucional en la cual las relaciones del entorno del sistema tienen repercusión en la organización misma del sistema. En definitiva, como señala el autor, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*.

En este sentido debe entenderse el voto particular del magistrado Díez Picazo a la sentencia de 10 de noviembre de 1981: «No es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a

un principio general de Derecho no expresamente formulado por la Ley para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la Ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 CE ni como tarea general del Tribunal.» Este tema lo estudiaremos con detalle en los capítulos II y VII.

En último extremo una interpretación finalista y una deducción estricta en el sentido del apartado 1) anterior, esto es, aquella que sostiene que el texto literal del precepto fundamental encierra todo el contenido posible de ese precepto fundamental, coinciden. Esta última intenta averiguar cuál es la aplicación «correcta». Ahora bien, como el contenido de un precepto constitucional «cargado de sentido» no está nunca, a diferencia de una Ley ordinaria, determinado «técnicamente», lo «correcto» se convierte en lo que el juez constitucional consideraría como «valor óptimo».

3. El TC podría evitar una decisión de evidente contenido político a partir de un precepto constitucional, entendiendo este precepto como un «compromiso dilatorio» en el sentido que Schmitt lo elaboró en su *Teoría de la Constitución*, es decir, entendiendo que el precepto («Ley Constitucional», en el sentido del autor) no contiene una «decisión fundamental» de carácter constitucional, sino que remite a una futura concreción. En el contexto en que la utiliza Schmitt la fórmula podría tener algún sentido, ya que se trataba de distinguir lo que era y no era una «decisión política fundamental». En el contexto presente significa una *remisión a la noción de abstracción del tipo constitucional*. Esta idea, de vieja raigambre, ha sido varias veces utilizada por los tribunales ordinarios como exigencia de una mediación legal para poder atender a una pretensión basada en un derecho constitucional. Sin embargo, el TC, en una jurisprudencia tan reiterada que parece ocioso citar, ha declarado el valor normativo inmediato de la Ley Fundamental y la posibilidad de fundar una pretensión de inconstitucionalidad en cualquiera de los artículos de la CE, que es, por lo demás, lo que establecen el párrafo 2.º del artículo 39 de la LOTC y el artículo 53 de la CE, este último para los derechos fundamentales. Dentro de la justicia constitucional no es posible un *non liquet* por la consideración de que el precepto constitucional pretendidamente violado sólo contenga un compromiso dilatorio.

Por lo demás, el mito de la abstracción no es de recibo. No puede entenderse que la indeterminación de los tipos constitucionales abra el camino a una imposible deducción justiciable y que, por lo tanto, la sentencia se convierta necesariamente en un acto de configuración política. Subsumir no es otra cosa que comparar el caso real o posible en todas o sus esenciales características con aquellos que indudablemente han sido tipificados por la norma. No es en ningún caso, según Engisch, una semejanza (*Gleichartigkeit*), sino una comparación (*Gleichsetzung*) del caso concreto con el supuesto tipo. Políticamente, el precepto constitucional puede aparecer, como ha declarado

el TC, como un «marco de coincidencias». Jurídicamente la búsqueda del supuesto tipo dentro del precepto fundamental es una exigencia de la justicia constitucional. Más aún (y dicho en la forma de un argumento *ad vertiginem*) puesto que existe una justicia constitucional se presume que toda norma constitucional puede ser susceptible de una aplicación jurisdiccional.

Sustancialmente el juicio de aplicación normativa que realiza el TC no es distinto que el de la justicia ordinaria. Sin embargo, lo que aquí nos interesa son las especialidades de aquél y que hacen preciso un tratamiento específico. Podemos resumir estas especialidades como sigue:

1. La diferencia entre el juez constitucional y el ordinario, señala Enterría, radica en que los valores en que el primero ha de buscar su juicio son políticos, decididos por el constituyente, mientras que los valores del segundo son técnicos, decididos por el legislador ordinario. Esta fórmula, aunque puede no ser aceptada en su simplicidad, sin embargo, es gráfica. La diferencia entre el poder constituyente y el constituido ha vuelto a ser utilizada, en un uso magnífico, por el TC en la sentencia sobre la LOAPA (*vid.* fundamento 2.º). En el sistema de la justicia constitucional esta diversidad de valores tiene, en mi opinión, un planteamiento muy preciso: la distinción, discutida distinción en la que no podemos entrar ahora, entre derogación de la legislación preconstitucional e inconstitucionalidad sobrevenida de esa misma legislación. Nos encontramos ante el supuesto límite, ya que en él, tanto el juez ordinario como el TC realizan, en expresión de Jerónimo Arozamena, un «doble juicio»: sobre la Constitución y sobre la Ley. El TC (sentencia de 2 de febrero de 1981) ha señalado que el juez ordinario tiene competencia para entender del ámbito y extensión de la cláusula derogatoria 3 en relación a las leyes preconstitucionales, pero con la especialidad de que al realizar esto,

«No enjuician realmente la actuación del legislador, sino que aplican la CE, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a la misma. No corresponde al Poder Judicial enjuiciar el Poder Legislativo en el ejercicio de sus funciones, pues tal enjuiciamiento está atribuido al TC.»

Para el juez ordinario, de esta manera, la norma fundamental es *lex posterior*, y *lex superior*. Su juicio no pasa de ser un juicio cualquiera sobre un conflicto de normas en el tiempo y ordenadas jerárquicamente. La cláusula derogatoria 3 de la CE constituye para él un instrumento de carácter técnico, y la propia CE una norma más, sin duda con un valor cualificado, dentro del sistema del Ordenamiento Jurídico que debe aplicar.

2. El párrafo 3.º del artículo 53 de la CE establece que los principios del capítulo 3.º sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen. Ciertamente es que la expresión que utiliza el artículo citado, una expresión «desgraciada» según el profesor Enterría, no supone una imposibilidad de alegación y de aplicación

de tales principios, sino tan sólo que no se configuran como derechos fundamentales. El juez ordinario no se verá constreñido a realizar una difícil deducción desde estos artículos hasta el caso concreto en que se alegue la violación de un pretendido derecho fundamental, mientras que el TC (en el recurso «abstracto» de inconstitucionalidad) no puede evitar dicha vinculación. Con toda lógica, los artículos 161.1.º *a*), 163 y 164 de la CE no los excluyen del examen de constitucionalidad. La diferencia, pues, entre uno y otro órdenes jurisdiccionales radica en la dificultad de obtener una decisión fundada a partir de preceptos como los del capítulo 3.º, con un grado importante de indeterminación. De otro lado, la existencia de una mediación legal (*vid.* cap. IV) no ayudaría al TC al fundamento de su decisión, puesto que, según el artículo 1.º de la LOTC, sólo a la CE y a su Ley Orgánica está sometido el Tribunal. Nos encontramos, pues, ante la evidente paradoja de que hay ciertos preceptos constitucionales que sin una mediación legal sólo muy difícilmente permiten deducir, en una aplicación judicial, su contenido para el caso concreto, y que, sin embargo, cuando exista esa mediación legal no debería ser para el TC significativa. La paradoja conduce a una difícil alternativa: o un salto en el vacío en el recurso constitucional o la ayuda de esa mediación legal. Veremos que el TC se ha decidido por esta segunda posibilidad.

3. El hecho, como ya veíamos antes, de que el TC no puede ser ajeno a las consecuencias políticas de su decisión. Se trata de un grado más de responsabilidad que la justicia ordinaria desde el momento en que ésta —recordemos la rigidez formal del recurso de casación— puede quedar justificada con una aplicación estricta de la Ley sin necesidad de controlar los supuestos implícitos de la norma que aplica. En cambio, el TC debe fundamentar esta decisión en principios que le otorguen una rectitud que va más allá de la mera justificación formal del fallo en el precepto constitucional utilizado. Esto corresponde al problema de la motivación de la sentencia constitucional que estudiaremos en el siguiente capítulo.

4. El TC, como «Tribunal Constitucional de las alternativas» (Haeblerle) que institucionaliza el camino hacia alternativas posibles y necesarias, supone un principio constitucional de apertura determinante de una visión prospectiva de su función hacia el futuro. Este principio de apertura exige del juez constitucional una «vinculación a la razonabilidad» (*Zwang zur Rationalität*), como garantía de un proceso democrático estable.

Como punto de inflexión de todos estos planteamientos aparece el «juicio de razonabilidad» como método específico de aplicación normativa empleado por el TC. La solución que aporta este juicio no es definitiva ni determinable a priori en ningún caso. En cuanto a la decisión aparece como un punto medio entre la toma de posición comprometida, la prudencia del sentido común y la decisión estrictamente técnico-jurisdiccional. Por lo que respecta al proceso, se caracteriza por una utilización de medios varios y heterogéneos para lograr la subsunción del caso a la norma fundamental.

La fundamentación del juicio de razonabilidad deriva del carácter híbrido del término griego del cual la razonabilidad es traducción: «éndoxon». «Logós éndoxon» es la proposición plausible o razonable que puede servir de punto de partida para un argumento formalmente deductivo, pero no dotado de la necesidad lógica que caracteriza a un razonamiento en sentido estricto. Se resuelve dialécticamente por la utilización de lugares del argumento (*Topoi*), y que participa tanto del carácter objetivo de la verdad inherente a la cosa como de la pura aceptación subjetiva de la idea expresada por aquélla. El término «razonabilidad» puede considerarse ya un mecanismo constitucional en la mecánica de la justicia constitucional, no ya privativa del recurso de amparo. Puede hablarse de un juicio de razonabilidad cuando el Tribunal tenga que aplicar un precepto fundamental a un supuesto de hecho (Ley, acto, sentencia, disposición reglamentaria, conflicto de competencias, etc.) de forma tal que manifieste una voluntad de llegar a un resultado «convinciente», por medio de un método de aplicación normativa estrictamente jurisdiccional (que aquí, en recuerdo de añejas ideas, se llama «deducción normativa») a partir de una norma constitucional cuyo contenido no está totalmente determinado por su texto (así no plantearían problemas los artículos que regulan, por ejemplo, la sucesión a la Corona o los que establecen plazos para los distintos procedimientos de los órganos del Estado, regulados por la CE).

Juicio de razonabilidad es utilizado aquí como un concepto «comprensivo», que abarca tanto el recurso de amparo frente a violaciones de los derechos fundamentales establecidos en los artículos 14 a 29 CE, originados por disposiciones, actos jurídicos, o simple vía de hecho de los poderes públicos (art. 41 LOTC) como al llamado recurso «abstracto» (aquellos cuyo supuesto de hecho es una norma) que comprende el recurso de inconstitucionalidad de las Leyes y actos con fuerza de Ley (capítulo II del título II LOTC), las cuestiones de inconstitucionalidad sobre normas con rango de Ley aplicable a un proceso concreto y de cuya validez dependa el fallo del juez ordinario (capítulo III del título II de la LOTC). Por último, afecta también a los conflictos constitucionales entre los órganos que configuran la Organización del Estado (título IV LOTC).

## 2. EL FACTOR RAZONABILIDAD

Conviene hacer dos advertencias. El TC viene utilizando el término «razonabilidad» en relación con el principio de igualdad del artículo 14 CE (sólo se considera inconstitucional una desigualdad no razonable o de carácter discriminatorio). Sin embargo, no se reduce sólo a ello. Aquí el término aparece utilizado con carácter general. En segundo lugar, el juicio de razonabilidad presenta una estructura similar en el recurso de amparo y en el de inconstitucionalidad. En uno y otro caso significan, como veremos, una modalización en el conocimiento del tipo constitucional. En el recurso de

inconstitucionalidad esta modalización es necesaria desde el momento en que el TC no es el foro en donde se toman las decisiones políticas. Como, sin embargo, son decisiones políticas las que el TC tiene que enjuiciar, la modalización descansa en el supuesto de que la decisión que controla lo político no sea a su vez política. En el recurso de amparo contra actos del Poder Judicial, porque en los jueces radica la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE), lo que va a determinar un difícil equilibrio de competencias [arts. 41.1 y 44.1 b) de la LOTC]. Este potencial conflicto de competencias se convierte, en esta sede, en determinar lo que puede y lo que no puede ser elemento decisivo en la formación del juicio que realiza el TC, es decir, el ámbito válido del conocimiento del supuesto de hecho planteado, y, correlativamente, el ámbito excluido de ese conocimiento.

Menos importancia tienen los actos sin carácter de Ley emanados de la Administración. Unas veces porque se trata de actos generales de contenido normativo reglamentario, en cuyo caso el juicio de fondo (aunque no, claro está, el cauce procesal por el que se forma ese juicio) no es sustancialmente distinto del que recae sobre una Ley. Otras veces por el propio sistema de la jurisdicción contenciosa, revisora de los actos administrativos, que da lugar muchas veces a que la demanda de amparo señale cumulativamente tanto a la decisión jurisprudencial como al acto administrativo de base como causantes de la pretendida violación del derecho.

El juicio de razonabilidad aparece así, en una primera aproximación, como la resultante de dos datos: la necesaria modalización del ámbito de conocimiento de la medida que se examina por el TC, modalización derivado del sistema de equilibrio de competencias de los órganos del Estado, y de otro lado, la eficacia directa y completa de la CE que no permite un *non liquet* que «salvaría» eventuales conflictos de competencia entre estos órganos.

Examinemos la sentencia de 4 de febrero de 1983; se trata de un Decreto-ley de contenido tributario. El artículo 86 CE condiciona la validez de los Decretos-leyes a una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Este término no sólo es un concepto jurídico indeterminado, sino que esconde además una posición política de fondo por parte del Gobierno. Como concepto jurídico indeterminado pertenece al tipo del artículo 86 y, por lo tanto, sujeto al examen del Tribunal. Como concepto político presupone una toma de posición valorativa y de oportunidad por quien ostenta el poder. El factor razonabilidad hará posible una solución de compromiso, que salve los dos extremos del conflicto:

«Corresponde al TC el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad formal de la norma a través de dos vías: el ajuste a la relación genérica de materias del Decreto-ley y la observancia de la relación de adecuación entre la respuesta normativa, dada la situación motivadora, y la urgencia que la justificó, pues aunque el Congreso haya homologado el Decre-

to-ley, siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título.»

El TC, por lo tanto, no reduce su competencia para conocer de la existencia de la «urgente necesidad». La «relación de adecuación» entre la norma y la situación motivadora pertenece al ámbito competencial del TC. La situación de necesidad aparece en el tipo constitucional como un título que debe ser enjuiciado.

«La justificación que el Decreto-ley analizado ofrece es admisible.»

La «admisibilidad» es el máximo de competencia que el TC se va a otorgar para conocer del presupuesto de justificación del Decreto-ley. La relación de adecuación basta que sea admisible, no se requiere que sea óptima ni que sea oportuna o satisfactoria desde una valoración de fondo. Sencillamente dice que es razonable. En el margen de esa razonabilidad (que en la medida en que deja un amplio espectro de decisiones políticas posibles no supone la fijación definitiva de un valor), quedan salvadas la potestad de configuración por parte del Gobierno de la realidad política y el conocimiento completo por parte del TC de todos los elementos que constituyen el tipo constitucional.

En este orden de cosas, la razonabilidad: 1) es un reconocimiento implícito que la subsunción del supuesto de hecho en la norma fundamental no es automática. Si lo fuera, al Decreto-ley no le hubiera bastado una justificación «admisible», sino que debería ser «correcta» o «apropiada». Admisibilidad (—razonabilidad) significa que el resultado posible de una deducción del tipo constitucional es, cuando menos, de un «amplio espectro». 2) Asegura que ninguna actuación política que se mueva dentro del sistema constitucional va a estar exenta del control del TC. 3) Posibilita que este control no suponga una usurpación de poderes constitucionalmente otorgados al resto de los órganos del Estado. En efecto, la alternativa es: o se admite un amplio espectro de soluciones posibles y, por tanto, hay diversas opciones constitucionalmente válidas, o sólo hay una solución válida, y el control de la medida es político. En este segundo caso, si se quisiera evitar un conflicto constitucional, el TC debería renunciar a controlar los elementos «comprometidos» de la medida, y, por tanto, renunciar a su competencia.

El juicio de razonabilidad resulta necesario desde el momento en que la deducción del contenido de una norma fundamental aparece como una *longa deductio* en la que el supuesto de hecho casi nunca está incluido con evidencia, es decir, resulta fácilmente constatable, dentro de aquella norma. Sin el factor razonabilidad, la decisión del TC puede convertirse en un acto de configuración política (un juicio de valor sobre los presupuestos de la urgente necesidad) o, en el recurso de amparo, ya un análisis de la justicia del caso, ya una nueva instancia jurisdiccional.

Veamos un ejemplo en la sentencia de 2 de noviembre de 1982. «No se trata de discutir si la designación (de sindicatos por parte de la Administración para asistir a la conferencia de la OIT) es oportuna, sino si es arbitraria... ELA-STV obtuvo el primer puesto en las elecciones sindicales en su Comunidad Autónoma, mientras que ING sólo obtuvo el tercero en la suya..., un elemento diferencial que permite calificarla como no arbitraria.» Un Tribunal ordinario de la jurisdicción laboral hubiese acudido directamente a la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores, según la cual para ostentar la representación institucional ante la Administración Pública tienen capacidad representativa las organizaciones sindicales con el 10 por 100, etc. La ING tiene el 15 por 100, pero la OIT no es una Administración Pública; luego..., sin embargo, el TC no puede resolver tan fácilmente esta cuestión. Su argumento sería el siguiente: el artículo 14 CE prohíbe las desigualdades no razonables; la Administración no ha otorgado la representación a la ING, la cual posee el 15 por 100 de los miembros de los comités de empresa; luego (?) resulta evidente que nos faltan datos para decidir. En el caso presente el dato que nos falta es la calificación acerca de la razonabilidad o de la justificación objetiva del hecho diferencial de todo el supuesto de hecho que constituye la premisa menor. Para la jurisdicción laboral dicha calificación no resultaba en modo alguno necesaria.

El factor razonabilidad presenta una actuación polivalente:

1. Como punto de conexión entre el conocimiento total que el TC debe realizar de los elementos que constituyen el tipo del precepto constitucional y la existencia dentro de ese tipo de elementos jurídicamente indeterminados. Permite en este caso una conciliación de ambos extremos, sin necesidad de dar una solución política, mediante una «modalización» de ese conocimiento: sólo es constitucionalmente relevante lo que «razonablemente» pueda incluirse en aquel elemento. Una precisión mayor no es necesaria.

«En un sistema de pluralismo político la función del TC es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas» (sentencias de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, entre otras muchas).

El límite del que se habla es el límite de lo razonable, no de lo técnicamente apropiado. El TC acepta unilateralmente una autolimitación en el grado de conocimiento del precepto constitucional. El límite último al que puede llegar esta autolimitación lo constituye la razonabilidad de la medida cuyo examen se realiza. Fuera de este ámbito todo es inconstitucional.

De esta forma, sea cual fuere su valor dentro de la teoría constitucional, aparece metodológicamente falso el concepto de «compromiso dilatorio» según el cual hay preceptos de la Ley Fundamental que no incorporan una norma y que, por lo tanto, no dan criterios para fijar el alcance del propio precepto. El factor razonabilidad tiene validez precisamente porque nada de lo constitucionalmente relevante es ajeno al TC.

Por eso, cuando el TC deja en manos del legislador la determinación completa del contenido de un precepto fundamental el juicio de razonabilidad ya no es necesario. Rara vez el TC ha operado de esta forma, que condena al vacío, y, por lo tanto, a una absoluta necesidad de mediación legal, a un precepto de la CE. Uno de ellos es la sentencia de 4 de noviembre de 1982, donde se plantea un conflicto de armonización entre el artículo 45 al declarar el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, y el 130, según el cual los poderes públicos atenderán al desarrollo de todos los sectores económicos. «La conclusión que se deduce del examen de los preceptos fundamentales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico.» Decididamente, el TC renuncia en esta ocasión a dar un contenido mínimo justiciable a los conceptos de «utilización racional de los recursos» y «calidad de vida».

2. El factor razonabilidad es el resultado de la negativa que el TC se impone de realizar una deducción estricta, en el sentido ya indicado. No es constitucionalmente «convinciente» que la mera constatación de la desigualdad suponga la inconstitucionalidad de la norma o acto causante de aquélla. Literalmente debería bastar, puesto que el artículo 14 CE no contiene matización alguna al principio de igualdad. Ahora bien, según doctrina del TC, solamente quedan vedadas soluciones desiguales no fundadas en razones jurídicamente atendibles (por ejemplo, sentencia de 30 de marzo de 1981). Esto implica, en primer lugar, que el precepto constitucional adquiere una extensión que va más allá de su pura literalidad (el requisito de la razonabilidad no aparece en el artículo 14), circunstancia que posibilita un margen de maniobra a los Poderes Públicos en cada caso competentes de forma tal que no todo tratamiento desigual sea considerado inconstitucional. Correlativamente supone que el TC conocerá de los hechos de forma más intensa que la que supondría una pura descripción de los mismos (no basta saber si X e Y han sido tratados de forma distinta por el organismo H). Es necesaria una calificación adicional de ese supuesto de hecho para determinar si se da o no en él aquel factor o elemento de razonabilidad (hay que saber si ese trato desigual de X e Y obedece a una razón atendible). La razón atendible exige que se conozcan los hechos motivadores de aquella desigualdad, un conocimiento que no puede ser sólo una descripción «ilustrativa», puesto que una calificación no puede obtenerse nunca por medio de una pura descripción. La razonabilidad actúa, en conclusión, otorgando, de un lado, un margen de movimiento a la actuación política (una extensión del campo de inclusión de la *praemisa maior*) y de otro conduciendo necesariamente al TC al examen de los supuestos de hecho y las consecuencias implícitas que han dado lugar a la medida cuyo control de constitucionalidad se ventila. Forsthoff decía que no se puede conocer si una medida está viciada de arbitrariedad sin conocer al mismo tiempo su motivación o finalidad (una calificación «comprometida» de la *praemisa minor*).

No es posible ya, por tanto, hablar en el recurso de inconstitucionalidad de un mero control abstracto de contrastación entre normas, puesto que la CE ha sido integrada con elementos (razonabilidad, admisibilidad, justificación objetiva, razón etendible...) que van a exigir una calificación «no neutra» de la norma que se contrasta. En el caso del recurso de amparo supondrá (*vid.* capítulo III) una necesidad relativa de conocimiento de los hechos que han dado lugar a la sentencia impugnada, rozando el límite de la distribución de competencias que ha establecido el artículo 44.1 b) LOTC. El rechazo del TC a realizar aplicaciones literales de la norma constitucional no es privativo del principio de igualdad. Así, en la sentencia de 4 de agosto de 1981 (recurso de inconstitucionalidad del Decreto-ley de 4 de marzo de 1977 sobre Relaciones Laborales), el TC señala que «no parece ahora necesario definir en forma detallada qué debe entenderse por servicios esenciales en el artículo 28 CE; en una primera aproximación, como la que se hace en esta sentencia al artículo 28, la interpretación de estas fórmulas tendría que ser necesariamente incorrecta». Nos encontramos de nuevo ante una indeterminación del contenido del punto de partida. La exigencia, que ya hemos señalado, de una motivación específica de las decisiones de la justicia constitucional exigen la introducción del factor de razonabilidad en la estructura del juicio. Puesto que no se ha definido qué es el servicio esencial, la calificación de los supuestos de hecho correspondientes al artículo 28 CE sólo puede lograrse aproximativamente por una valoración circunstanciada de los mismos, puesto que ya no son «constatables».

En la sentencia de 10 de julio de 1981, un miembro de la Guardia Civil ha sido jubilado un año antes que el establecido por la normativa aplicable. La desigualdad con respecto al resto de los miembros del Cuerpo es evidente. La obtención de esa evidencia se consigue con la sola constatación del dato reseñado. Ahora bien, si nos damos cuenta que tal miembro de la Guardia Civil, por un error de la certificación de nacimiento ingresó en el Cuerpo un año antes de la edad permitida y desarrolló su carrera como si tuviera un año más, habrá que determinar si esta circunstancia basta para justificar la jubilación anticipada. Aquí es necesario operar con puntos de vista valorativos más complejos y partir de lo que Larenz llamaba una «conjetura de sentido» que va más allá de la pura constatación obtenida por una deducción estricta del precepto constitucional.

3. El factor razonabilidad es el resultado de la tendencia de la justicia constitucional a configurar «materialmente» los términos de la Ley Fundamental. A esto dedicaré el capítulo V; al presente, baste señalar que un entendimiento material de los conceptos de «igualdad», «autonomía», «legislación básica», «norma», etc., significa que el TC no va a realizar un mero juicio de carácter formal. En la sentencia de 4 de noviembre de 1982 se afirma que del hecho de que la legislación del Estado no contenga para una determinada materia algo que formalmente pueda ser calificado como nor-

mativa básica no basta para declarar la inconstitucionalidad de una Ley autonómica cuya validez supone como *condictio iuris* la existencia de una normativa estatal básica. El TC podría haberse contentado con constatar la inexistencia de ese conjunto normativo formalmente básico para declarar aquella inconstitucionalidad. Pero establece que la normativa básica es «una noción material deducida racionalmente de la legislación vigente». Es el TC el que va a realizar dicho examen, y lo «deducido racionalmente» no podrá obtenerse por una mera constatación, puesto que se trata de saber qué es lo materialmente básico. La razonabilidad es en esta ocasión predicada del juicio que debe realizar aquel examen. Es predicada igualmente de la CE, pues se entiende que ésta da un concepto material del término «bases». El factor razonabilidad actúa haciendo imposible la pretensión de un puro control abstracto de la norma autonómica examinada.

4. El factor razonabilidad es un formidable instrumento discursivo de la justicia constitucional. Puede operar una conversión de términos y conceptos a partir de los cuales es difícil realizar una subsunción normativa por otros cuyo conocimiento por parte del TC resulte más factible, menos indeterminado o más favorable a una solución convincente. La jurisprudencia constitucional ha operado esta conversión remitiendo los supuestos a examen a términos constitucionales cargados de sentido, como es el caso del principio de igualdad. Ha reducido igualmente gran número de requisitos circunstanciales a la idea conjunta de «proporcionalidad». Ha reducido la multiplicidad de factores que el Derecho Procesal y Material han configurado como contenido del derecho del ciudadano a no sufrir indefensión, a un criterio cuantitativo y constitucionalmente justiciable, como es el de la «mínima actividad probatoria», o el concepto de «elementalidad de la garantía».

En estos supuestos, y otros varios, el TC ha operado una notable simplificación de los criterios de decisión para permitir soluciones homogéneas y autónomas dentro de la justicia constitucional. Esta simplificación cumple la finalidad, de un lado, de permitir una actividad justiciable, y de otro, lograr una decisión convincente al margen de la heterogeneidad de los supuestos de hecho que se le plantean.

En la sentencia de 15 de octubre de 1982 se trataba de saber si la decisión del juez de celebrar el juicio a puerta cerrada supone una violación del artículo 24 de la CE. El Tribunal Supremo fundamenta la decisión en la finalidad de protección de la moral. El Convenio de Roma considera legítimo este límite al derecho a un proceso público siempre que la medida sea «necesaria». El TC comprende la dificultad y el peligro de exceso de competencia que supondría averiguar si la limitación al derecho fundamental es necesaria, y si en este caso (un libro de educación sexual calificado de escandaloso) era legítima una remisión a la finalidad moral para restringir el derecho. El TC utiliza tres caminos: *a*) por una remisión al Tribunal Europeo cuya doctrina actuaría de «red» para la propia sentencia; *b*) por la concesión de un margen de apreciación libre a los tribunales ordinarios, puesto que lo

contrario supondría entrar a conocer los hechos que han dado lugar a la sentencia, contra el mandato del artículo 44.1 b) LOTC; c) por la conversión de la «necesidad» de la restricción al derecho en un principio constitucionalmente «justiciable». Este principio es el de proporcionalidad de la medida al fin propuesto. Es la proporcionalidad la que aparece (como en las sentencias de 10 de noviembre de 1981 o de 3 de agosto de 1983, o en tantas otras) como criterio constitucionalmente relevante. Esta misma sentencia es un buen ejemplo de la conversión del derecho a no sufrir indefensión en el derecho a una mínima actividad probatoria. Mientras que el recurso a la proporcionalidad ayudaba a evitar un juicio de valor acerca del fin de la restricción al derecho fundamental, el recurso a la «mínima actividad probatoria» hace posible que el TC pueda dar su pronunciamiento sin tener que realizar un examen de los hechos.

5. El juicio de razonabilidad posibilita la distinción entre las cuestiones de oportunidad y los factores estrictamente jurídicos. El hecho que la inclusión del término «razonabilidad» en los preceptos constitucionales suponga la concesión de un margen de movimiento y de posibles alternativas dentro del «marco de coincidencias», permite distinguir entre la decisión de justicia constitucional y el acto de configuración política. La razonabilidad aparece, de esta forma, como el núcleo último en que se puede apoyar una decisión justiciable; acota el marco, positiva y negativamente, dentro del que es posible un libre juego de la competencia del Tribunal.

«... sin caer en la discriminación producto de la irrazonabilidad, y, de su consecuencia, la inconstitucionalidad» (sentencia de 3 de agosto de 1983).

Juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad coinciden, tanto en su contenido (sólo lo razonable es constitucional) como en su límite (dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente válidas, porque todas son objetivamente no arbitrarias). El juicio de razonabilidad no puede ser por definición un juicio de optimización de la medida.

«No se trata de decidir si la representatividad a nivel estatal es la más acorde con la CE, lo cual entrañaría un juicio de valor o de preferencia, sino tan sólo si es discriminatoria, no razonable o arbitraria» (sentencia de 22 de julio de 1982).

El juicio de razonabilidad es más extenso que el de optimización. En el margen de la razonabilidad caben decisiones políticas que el TC no considera oportunas ni deseables. Si uno y otro se identificasen, el juicio de optimización supondría un control valorativo de los actos del poder.

«El análisis desemboca no en la proclamación de las excepciones del criterio elegido por la OM de 1981, pues como ya se ha dicho, no es un juicio de preferencias el que esta Sala

emite, pero sí ha de concluir forzosamente apreciando la racionalidad y objetividad de este modo de medir la mayor representatividad.» (*Idem.*)

El factor razonabilidad señala, de este modo, el límite entre lo justiciable y lo no justiciable. Dentro de ese marco no es posible ya una ulterior calificación; fuera de la razonabilidad cualquier medida de los poderes públicos está afectada de inconstitucionalidad.

«Suprimir lo Medios de Comunicación Oficial del Estado puede no ser oportuno políticamente, pero no es enjuiciable en el tipo del artículo 20 CE.» (Sentencia de 23 de diciembre de 1982.)

Si es función del TC fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, tendremos que concluir necesariamente que el límite de esas opciones y, consecuentemente, del marco de consecuencias, no es otro que el límite del factor de razonabilidad.

A lo largo de estos cinco apartados hemos venido examinando el variado juego que desempeña el factor razonabilidad. Podrían resumirse como sigue:

a) Es la condición de posibilidad de alternativas distintas dentro del marco abierto por la CE. b) Es el destierro de un iusnaturalismo valorativo que bajo la capa de principios constitucionales disfrazara decisiones de optimización política en una cobertura jurisdiccional. c) Supone compatibilizar la libre actuación del Poder Político con la posibilidad de control por parte del Tribunal. d) Hace factible que esa coordinación no se convierta en una distinción entre preceptos constitucionales plenamente justiciables y otros en que el TC abandonase su competencia para permitir que fuesen mediatizados de cualquier forma por el titular del poder. e) Supone para el TC la necesidad de abandonar el puro control abstracto de las normas e introducir un elemento jurídico valorativo que se concrete en la posibilidad de extender su competencia a los conceptos jurídicos indeterminados mediante la señalización de un margen de razonabilidad. f) En el ámbito del recurso de amparo supondrá un relativo conocimiento de los hechos que han dado lugar a la sentencia recurrida, pues en todo caso será precisa una calificación «constitucionalmente relevante» de aquellos hechos. g) Facilita, en fin, la obtención de decisiones de carácter jurídico y no político mediante la conversión de conceptos y elementos no fácilmente analizables en términos tales que permitan una decisión menos comprometida.

Si todo esto se da, el juicio de razonabilidad aparece como un «juicio complejo» donde se mezclan las decisiones de valor matizadas por la razonabilidad, ciertas apreciaciones de carácter político, concretadas únicamente en criterios de admisibilidad y no de «excelencias», y sobre todo el carácter jurídico de aquella decisión bajo la cobertura de un proceso materialmente (y no ya sólo formalmente) *justizförmig*.

Lo característico del factor razonabilidad consiste en que no hay ningún otro concepto o institución que pueda servirle de referencia. No puede ser determinado ulteriormente en virtud de otro concepto constitucional definido. El problema se ha planteado con la idea de «contenido esencial», que parece funcionar implícitamente como sentido de la referencia del factor de razonabilidad: lo razonable, se dirá, es aquello que respeta el contenido esencial. Así, sería posible el uso indistinto de uno y otro concepto. Se afirma que no es inconstitucional no obtener una decisión judicial sobre el fondo del asunto que se ventila en un proceso cuando exista una causa impeditiva razonable (sentencia de 16 de junio de 1982) o cuando esa causa impeditiva no afecte al contenido esencial del derecho (sentencia de 21 de julio de 1983). Según el artículo 53 CE, el contenido esencial de un derecho fundamental delimita la frontera en que la configuración legal de ese derecho puede ser legítima. A partir de ese momento la norma es inconstitucional. Así entendida, la idea de contenido esencial no es privativa de los derechos fundamentales. El TC ha hablado también de un «contenido mínimo» de la autonomía territorial declarando inconstitucional cualquier medida que viole ese mínimo, de forma que la garantía de la autonomía ya no sea reconocible. De esta forma, el contenido esencial como límite último de posibilidad de alternativas políticas diversas se identifica con el «marco de coincidencias» del que antes hemos hablado, y, por tanto, con el factor razonabilidad. Esta idea me parece cierta; lo que ocurre es que el contenido esencial tampoco es un concepto definido que pueda fijar normativamente el criterio de la razonabilidad. Más bien ocurre lo contrario, es este criterio el que sirve de referencia a aquél; en último extremo el «contenido esencial» no es otra cosa que la razonabilidad misma, la región en que es posible una apreciación con criterios jurídicos.

Y cuando se ha intentado fijar normativamente la idea de contenido esencial se ha hecho de un modo inadecuado, como es el caso de la sentencia de 4 de febrero de 1983, que identifica contenido esencial con el límite de la reserva de Ley en materia tributaria, afirmando que sólo pertenece a la reserva de Ley el contenido del derecho que puede considerarse como esencial. Esta idea me parece inadecuada, ya que el artículo 53 CE no configura la idea de contenido esencial como un límite a la potestad normativa de carácter reglamentario, sino como límite a la potestad legal de configuración del derecho. Es la Ley la que no puede afectar al contenido esencial. Lo que esta sentencia realiza es una muy poco afortunada identificación entre el contenido esencial del artículo 53 CE y los elementos esenciales del tributo que, según el artículo 10 LGT, están sometidos a la reserva de Ley.

El contenido esencial es de esta forma reinterpretado en términos de razonabilidad. Veamos el proceso en la sentencia de 8 de abril de 1981:

«El contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de sus modalidades.»

La fijación del concepto parece definitiva. Con esta fijación se abre la Fundamentación Jurídica de esta interesante sentencia. Los instrumentos normativos y metodológicos para llegar a esa determinación normativa del concepto han sido utilizados por el TC de forma alternativa: contenido esencial es aquello más allá de lo cual se hace irreconocible el tipo de derecho protegido, al faltarle sus caracteres mínimos definitorios; el contenido esencial constituye igualmente el núcleo de protección necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles resulten realmente protegidos. Ambas ideas provienen de la doctrina constitucionalista alemana (Krüger, Dürig, Stein). Parece claro que la utilización alternativa de ambas proyecciones del concepto va a permitir una fijación convincente de lo que sea en cada caso este núcleo último. Sin embargo, la sentencia continúa:

«Lo cual no excluye por sí sólo que el legislador, al regular las condiciones de su ejercicio, pueda entender que algunas particulares modalidades pueden resultar abusivas..., la elección de las modalidades de huelga sólo puede moverse dentro de aquellos tipos que la Ley haya admitido.»

Nos encontramos con un *regresus* frente al punto de partida: si cualquier modalidad pertenece al contenido esencial, ahora resulta que hay algunas de ellas que por ilícitas o abusivas pueden ser excluidas por el legislador. La fijación normativa inicial ya no nos sirve, y la búsqueda de ese núcleo esencial tiene que ser intentada por otros medios. ¿Cómo hacer justificable la concreta regulación legal? ¿Cómo puede ser legítima una disposición que considera ilícitos o abusivos ciertos supuestos de cesación de la actividad laboral?

«Siempre que lo haga justificadamente y que la decisión legislativa no desborde el contenido esencial.»

El límite parece ser alternativo, y, sin embargo, no lo es: el contenido esencial, normativamente fijado en la definición arriba transcrita, ya no puede servirnos como límite; sólo queda uno: el carácter justificado de la medida. Este es el contenido esencial, y la razonabilidad, no «la cesación del trabajo en cualquiera de sus modalidades», es la guía para el examen.

En último extremo, el factor razonabilidad sólo tiene un punto de determinación que está más allá de cualquier institución o instrumento jurídico definido que pueda usar la justicia constitucional. El sentido de la referencia es sólo la remisión a una *auctoritas* que descansa en la necesidad de un consenso en los valores contenidos en el criterio de razonabilidad elegido por el TC. Así en la sentencia de 25 de marzo de 1983, cuya cuestión era si la omisión del dato de la cuantificación total del número de votantes en unas elecciones sindicales respecto del censo electoral total supone una injerencia de la Administración en la actividad desarrollada por la CNT. La negativa a admitir esta pretensión por parte del TC solamente puede sostenerse en el

evidente sentido común de que los motivos de la abstención electoral no radican exclusivamente en la propaganda de la CNT a favor de la abstención.

Los problemas del juicio de razonabilidad radican casi exclusivamente en la posibilidad de mantener un concepto de razonabilidad que no esconda un juicio subyacente respecto de la «corrección» valorativa de la medida.

¿En qué medida el examen de conformidad con la CE no implica ya un juicio sobre el valor político en juego? ¿En qué medida es posible la pretensión, que subyace a esta idea, de dividir lo político y lo jurídico, pretensión que descansa en la eventual posibilidad de desligar el análisis del razonamiento frente a las condiciones reales de su elaboración? Todos estos interrogantes no son más que una muestra del hecho evidente de que teóricamente resulta imposible al intérprete una distinción del juicio de optimización y del juicio de razonabilidad. Ello no quiere decir, por supuesto, que dicha diferenciación no exista en el ánimo del Tribunal, sino que no es racionalmente controlable. El magistrado Díez-Picazo, en su voto particular a la sentencia de 10 de noviembre de 1981, advierte precisamente del peligro que supone hacer recaer el juicio de razonabilidad sobre las consecuencias jurídicas del supuesto normativo, en lugar de hacerlo sobre los supuestos de hecho antecedentes de la regulación. Dado el supuesto distinto a través de un hecho diferencial, cual es la consecuencia jurídica proporcional al mismo. Este es el razonamiento de la sentencia. Dado un supuesto de hecho se trata de saber si el hecho diferencial que los distingue de otros supuestos está objetivamente justificado de forma tal que exija una regulación jurídica igualmente diferenciada; este es el pensamiento de base del voto discordante.

Sin embargo, la sentencia fundamental la constituye la de 3 de agosto de 1983, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad referente al artículo 28 b) del Decreto 1166/1960, de 23 de mayo, Ley Especial para el Municipio de Barcelona, según el cual el concurso para acceder a la plaza de interventor de Fondos de dicho Municipio está limitado a las personas con edad inferior a los sesenta años.

El voto mayoritario admite la constitucionalidad de la norma. Un voto particular de cinco magistrados postulaba la solución contraria. ¿Dónde se localiza el juicio de razonabilidad? Para las sentencias de 2 de noviembre de 1982 y 10 de noviembre de 1981 la razonabilidad es un juicio que afecta a la adecuación de la medida, normativa o no normativa, en relación al supuesto de hecho al que se imputa. Se convierte así en «proporcionalidad». Para el voto particular de la sentencia de 10 de noviembre de 1981 la razonabilidad actúa sobre la justificación objetiva del hecho diferencial, abandonándose el control de la solución normativa concreta, bajo la consideración de que ese control implicaría un juicio de fondo sobre la justicia del caso. La sentencia de 3 de agosto de 1983, al igual que su voto discordante, se decide por una aplicación cumulativa a los dos elementos del fenómeno. Sobre este punto no se plantea la discusión. En una medida, normativa o no normativa, que establezca una regulación desigual para distintos supuestos o circunstancias

de hecho es preciso dilucidar previamente si las situaciones jurídicas diferenciadas tienen una justificación objetiva que exijan una regulación igualmente diferenciada («la razonabilidad objetiva de la diferencia») y posteriormente la adecuación de la consecuencia jurídica que se impute a esta situación diferenciada (la podemos llamar «la proporcionalidad de la medida reguladora»). Cuando se trata de un recurso de amparo, la primera tarea pertenece a la problemática de conocimiento de los hechos por parte del TC: ¿cómo puede justificarse objetivamente un hecho diferencial si el TC no traspasa de una forma u otra el límite del artículo 44.1 b) de la LOTC?; la segunda cuestión pertenece a la problemática del control del acierto o desacierto del juicio de fondo de la sentencia o acto de los poderes públicos recurridos; esto es, a un posible control de su optimización. Cuando se trata de un recurso «abstracto» la primera cuestión pertenece al examen valorativo que el TC realiza sobre las condiciones reales que subyacen a la norma («la justificación objetiva de la diferencia», en sentencia de 3 de agosto de 1983 o «la justificación teleológica del hecho diferencial» según el voto particular a la sentencia de 10 de noviembre de 1981); la segunda cuestión pertenece al control de la proporcionalidad de la medida. Es aquí donde la línea divisoria entre la razonabilidad y la optimización tiene que jugar su papel. Antes de seguir podemos establecer ya el siguiente principio de alcance general: cuando el hecho diferencial permita muy escaso juego al análisis operado por el factor de razonabilidad, el centro de la polémica se va a trasladar no al examen de este hecho diferencial, sino a la proporcionalidad de la medida reguladora. La «edad» es un hecho diferencial que, por su carácter manifiesto y absoluto, casi no permite juego alguno para realizar sobre él un análisis de razonabilidad; es manifiesto que constituye un hecho diferencial, pero no se sabe muy bien qué consecuencia puede deducirse de ello. Siempre que el análisis pueda desplazarse al hecho diferencial del supuesto al que se conecta la consecuencia normativa examinada, el TC puede evitarse una difícil decisión sobre el valor político de la consecuencia normativa. Esto ocurre con la sentencia de 2 de noviembre de 1982: aquí el hecho diferencial era que un sindicato obtenía el primer puesto en su comunidad autónoma y otro el tercero en la suya, a pesar de que ambos sobrepasasen el 10 por 100 de la representación. Para dar una decisión razonable, el TC no necesita pronunciarse sobre la medida concreta (la designación de uno de ellos para la OIT); le ha bastado con justificar la diferencia de situaciones. Esto es lo que no ocurre en la sentencia de 3 de agosto de 1983. La edad no es un hecho diferencial que pueda ser manejable a nivel argumental. Lo que aquí se cuestiona va a ser, pues, la idea de proporcionalidad de la regulación. Y se mantienen dos puntos de vista:

1. El factor de razonabilidad supone tan sólo una justificación formal e immanente a la norma o acto cuya validez se enjuicia. Se dirá: una medida es razonable si contiene su propia justificación. Razonabilidad se reduce a una motivación formal. El control de la medida se hace puramente abstracto, y,

como señala el voto discordante, «la justificación de la *ratio* de la norma confunde la regla de la igualdad ante la Ley del artículo 14 CE con la regla de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9. Este primer punto de vista que reduce lo razonable a lo motivado supone una autolimitación excesiva por parte del TC. Ciertamente no va a correr el peligro de tener que hacer un pronunciamiento valorativo sobre la justicia de las soluciones. A cambio de ello el análisis del Tribunal es poco más que una mera «constatación». Este punto de vista ya se había manifestado en la sentencia de 15 de octubre de 1982 y ha vuelto a ser utilizado en la de 11 de julio de 1983.

2. Un «plus» de la simple motivación formal de la medida que establece una solución desigual. Nos encontramos con una «sobrevaloración» de los datos ofrecidos a examen, pues ahora el juicio abarca tanto la «relevancia constitucional» del fin como la adecuación de la medida elegida al fin propuesto. A mi juicio, una solución óptima hubiese consistido en un análisis de la proporcionalidad, «justificar la ruptura de la igualdad en sí misma, que sólo puede encontrarse en una tutela de bienes jurídicos que estén constitucionalmente protegidos y tengan valor superior a los que resulten sacrificados, siempre que se dé una regla de proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho sacrificado» (voto particular).

Pero este voto discordante va a identificar proporcionalidad y «adecuación de la medida al fin propuesto». A este nivel se hace imprescindible una averiguación de los fines posibles de la norma y de la pertinencia de la medida a ese fin. Se está identificando proporcionalidad y adecuación al fin, con lo que se está realizando un juicio sobre el grado de acierto o desacierto de la medida. El fondo político sobre el que se mueve esta idea es innegable, el juicio de razonabilidad y el de optimización se identifican. Démonos cuenta que lo que subyace a la tesis del voto discordante es que el meritado artículo 28 resulta inconstitucional porque *no es adecuado ni acertado respecto del fin que pretende la norma*. Esta tesis llega, pues, a controlar al grado de acierto de una medida.

En resumen, en la sentencia de 3 de agosto de 1983 los magistrados del TC han mantenido dos posiciones extremas acerca de la proporcionalidad de la medida reguladora cuyo control se solicita. Una de ellas reduce la idea de proporcionalidad a la existencia de una motivación formal de la *ratio* del precepto discutido. La segunda postula un examen de los fines de la norma (que se trate de fines atendibles) y un control de adecuación de dicha medida al fin propuesto. Mientras la primera posición es una mera «constatación», la segunda puede convertirse en un juicio sobre el acierto o desacierto de la actividad política. La elección entre una de esas dos posiciones, cualquiera que sea, creo que no puede resultar satisfactoria. Repito que la dificultad del supuesto de hecho de esta sentencia radica en las especiales características del hecho diferencial que es la edad. Por lo general, el TC, en un método que me parece sustancialmente correcto, viene realizando un

examen de la justificación objetiva del hecho diferencial de las situaciones que se ventilan, y posteriormente un somero análisis de la proporcionalidad de la medida enjuiciada respecto a aquellas situaciones diferenciadas. El centro de gravedad del examen (aunque no su exclusividad) recae, pues, sobre el supuesto de hecho y no sobre la consecuencia jurídica. Es el método menos peligroso, pero en esta ocasión no ha podido ser utilizado.

A lo largo de este capítulo hemos podido ir viendo la polivalencia del factor razonabilidad. «Juicio de razonabilidad» es una denominación comprensiva no sólo del método argumentativo de los distintos cauces procesales establecidos por la LOTC, sino además es igualmente comprensivo por la diversidad de momentos en que se localiza. Concretamente, los siguientes:

1. *Razonabilidad en el contenido del tipo constitucional.*—Hemos visto que esto supone que el TC ha integrado el tipo constitucional con elementos indeterminados de valoración para permitir un juego flexible del uso de las competencias por parte de los distintos órganos del Estado («desigualdad no arbitraria», «garantía de un grado admisible de autonomía», «derecho a una actividad procesal no arbitraria», etc.)

2. *Razonabilidad en el supuesto de hecho* al que se conecta la consecuencia jurídica cuyo control se realiza. Es el problema (capítulo III) de la calificación de los hechos. («La justificación objetiva de una situación diferenciada», y, en general, las circunstancias que van a permitir, mediante una calificación de los hechos, determinar si la medida examinada es o no razonable.)

3. *Razonabilidad de la medida* (Ley, acto, sentencia) cuyo control se realiza. Se concreta en la teoría de la «proporcionalidad». Es en este lugar donde se plantean, como ya hemos visto, los conflictos que pueden surgir de una eventual identificación entre un juicio de razonabilidad y un control de optimización.

4. *Razonabilidad del método argumentativo* y del proceso discursivo utilizado por el TC para llegar al fallo de la sentencia. El estudio de estos «lugares del argumento» se remite a los capítulos IV, V, VI y VII.

5. *Razonabilidad de la decisión*, que en el ámbito de la justicia constitucional se traduce la necesidad de un pronunciamiento «convinciente» (capítulo VIII).

### 3. EL PROBLEMA DE LA CUESTIÓN DE HECHO

El punto de partida lo constituye el artículo 44.1 b) LOTC, según el cual, en los recursos de amparo cuyo origen inmediato y directo sea una actuación de un órgano jurisdiccional, el TC no puede entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso. Significa esto una distribución de competencias entre la jurisdicción ordinaria, que tiene la facultad exclusiva de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y la justicia constitucional que en el recurso de amparo

se debe limitar a una mera contrastación entre un acto del poder público y la norma de la Ley Fundamental, con independencia de las condiciones reales de producción de aquel acto (hechos que dieron lugar a la sentencia recurrida.) En cierta manera, el recurso de amparo revela también el carácter de recurso abstracto que caracteriza a la justicia constitucional, con la particularidad, frente al que hemos denominado recurso abstracto en sentido estricto, de que la excitación del TC se realiza por un particular, y de que la medida recurrida es un acto sin rango de Ley (que no quiere decirse que el acto no sea normativo, pues el recurso de amparo protege igualmente contra actos generales normativos de rango inferior a Ley).

El TC ha declarado que la garantía del artículo 24 CE respecto al derecho a una justicia efectiva se refiere únicamente a la existencia de un proceso sin que el tribunal pueda entrar a conocer de los hechos ni a discutir las cuestiones apreciatorias sobre los elementos de la actuación judicial (sentencia de 15 de julio de 1982). Desarrollando la tesis anterior, igualmente es doctrina del TC que aquella prohibición se refiere a la atribución de competencia sobre dichos hechos, pero que no prohíbe «el conocimiento ilustrativo o análisis reflexivo de los antecedentes» (sentencia de 15 de octubre de 1982). La consecuencia de esta postura es que el TC actúa, por tanto, sin «red», puesto que no conocer los hechos supone, ante todo, no calificarlos. El TC, según la estructura de la justicia constitucional, debe, pues, resolver el amparo sin una calificación jurídica de los hechos que son substrato de la sentencia recurrida, y que, consecuentemente, la decisión constitucional puede ser abstracta. Como ya sabemos, hay una presuposición de fondo a esa idea, consistente en que la CE ha definido completamente los términos que utiliza, y que, en consecuencia, resulta posible una deducción estricta a partir de estos términos: la sentencia X contiene «objetivamente» un pronunciamiento que supone una desigualdad; como el artículo 14, prohíbe toda desigualdad... El resultado de ello también nos resulta conocido: la decisión constitucional aparecería de esta forma carente de motivación, ya que toda motivación se refiere y se sustenta en el análisis de los hechos. En el recurso de amparo, toda motivación es una justificación *ad casum* de la decisión obtenida. Ahora bien, como el recurso de amparo se estructura sobre la necesaria independencia del fallo constitucional respecto del caso concreto, el *hic et nunc* del conflicto constitucional, la motivación o no existe o es puramente formal.

El factor razonabilidad actúa aquí matizando o simplemente desconociendo la imperatividad de este artículo de la LOTC. Veamos la sentencia de 30 de enero de 1981:

«Si bien el principio *Non bis in idem* no está expresamente en los artículos 14 a 30, está íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones del artículo 25 CE.»

Nos encontramos, de momento, con lo que en el capítulo VI llamamos un «fenómeno de concentración» de los conflictos constitucionales en el ámbito normativo en el que resulta posible el amparo. Para determinar si se ha violado aquel principio resultará en todo caso necesario averiguar si el supuesto juzgado por el Tribunal de Contrabando, y al mismo tiempo por la jurisdicción penal (se trataba de un caso de tráfico de diamantes), son idénticos. Si el TC no realiza esta averiguación, el artículo 25 CE muy bien pudiese ser violado por un acto de los Poderes Públicos sin que el juez constitucional pudiera hacer nada al respecto.

«El amparo no es un procedimiento sobre la certeza de los hechos, pero se observa que en el proceso penal se practicaron las pruebas documentales y declaraciones de los acusados suficientes para llegar al conocimiento de que se trataba de hechos punibles.»

Nos encontramos ya con una primera entrada en el terreno de la *quaestio facti*. El camino para ello ha sido, como ya veíamos en el capítulo II, un supuesto de «conversión»: la garantía de los elementos probatorios se convierte en la garantía de la existencia de una mínima actividad probatoria. Pero más importante aún es que el Tribunal ya ha realizado, en el fundamento jurídico anterior al citado, un examen de los hechos para negar que se haya producido violación del principio *non bis in idem*. El «relato ilustrativo» se ha convertido en una calificación del hecho bajo el tipo penal del delito de contrabando.

«Para la individualización de los hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica.»

¿Qué significa ello?: Que la valoración jurídica es un procedimiento de calificación penal. Una vez calificados los hechos podrá saberse si se ha producido o no la violación pretendida.

En la sentencia de 28 de julio de 1981 se declara:

«Es preciso una mínima actividad probatoria producida por las garantías procesales de las que se pueda deducir la culpabilidad, y es el TC quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto.»

¿Qué presupuesto? ¿La existencia de las garantías o el que éstas sean susceptibles para deducir la culpabilidad? Sin duda, ambas. Y la estimación de los presupuestos de la culpabilidad no se reduce aquí a la mera constatación formal (como, por ejemplo, sentencia de 11 de julio de 1983) de la existencia de la actividad probatoria, sino que nos encontramos ante un caso en el que dicha actividad es valorada. Solamente un conocimiento adecuado de los hechos nos permitirá saber cuáles son las garantías procesales que pueden entenderse «de cargo». Toda la doctrina de «la garantía procesal

elemental» elaborada por el TC en torno al artículo 24 no puede entenderse reducida a una mera elementalidad cuantitativa y genérica, sino a lo que es elemental como garantía para un caso concreto.

La imposibilidad del control abstracto, que, recordemos, es el control que según el artículo 44.1 *b* debe realizar el TC, ha sido señalada por el propio Tribunal.

«La violación de los derechos fundamentales puede estar originada por la aplicación de una ley inconstitucional, o por la aplicación errónea de una ley adecuada» (sentencia de 12 de julio de 1982).

Es la ley la que aparece aquí como criterio de decisión. El error en la interpretación de una ley sólo puede ser constatado cuando sabemos cuál es el hecho al que debe aplicarse. El juicio sólo puede integrarse coherentemente mediante una fijación de la premisa menor que son los hechos. En este estado de las cosas, el artículo 44.1 *b* LOTC tiende a hacerse equivalente a lo que en el recurso de casación se conoce como una independencia por parte del Tribunal Supremo respecto de los hechos: no se trata de que no puedan ser conocidos, que lo son, sino que no pueden ser combatidos, excepto casos excepcionales. Lo que no se realiza ante el TC es una prueba de los hechos, pero sí una valoración constitucional de los mismos para concederles una relevancia en el recurso de amparo.

Y aquí es donde opera el factor razonabilidad. Veamos el punto de partida:

«Las soluciones desiguales deben responder a razones jurídicamente atendibles» (sentencia de 30 de junio de 1982). «Todo tratamiento desigual debe obedecer a una justificación razonable» (sentencias de 2 de julio de 1981, 10 de noviembre de 1981, 28 de julio de 1982, etc.). «El juez ordinario no puede rechazar pruebas pertinentes y que sean de influencia a la hora de decidir sobre el fondo» (sentencia de 15 de julio de 1982). «El juez ordinario puede no entrar en el fondo siempre que se establezca de una forma no irrazonable la inexistencia de un presupuesto para conocer la pretensión» (sentencias de 16 de junio de 1982, 11 de octubre de 1982, entre otras muchas).

El punto de inflexión es el siguiente: ¿constituye el carácter razonable, arbitrario, pertinente, etc., un presupuesto o es el resultado del examen de los hechos? Porque el que sea posible mantenerse en los límites del artículo 44.1 *b*) LOTC depende exclusivamente de lo siguiente: que la razonabilidad (o sus expresiones equivalentes) constituye un presupuesto y no una consecuencia del juicio, es decir, que lo «razonable» de una medida que se enjuicia puede deducirse de la propia medida sin necesidad de conocer los hechos. En el caso del guardia civil jubilado un año antes de la edad establecida por la

legislación aplicable, debería deducirse la razonabilidad de la propia medida (jubilación un año antes de la edad legal) sin tener en cuenta si hubo o no un error en la certificación de nacimiento, a causa del cual este señor entrase un año antes en el Cuerpo y ascendiese como si tuviese un año más de los que efectivamente contaba. Y esta idea, claro está, no es cierta por la evidente razón de que el carácter razonable de una medida sólo puede determinarse con posterioridad al examen del total supuesto de hecho. *La «relevancia» de una desigualdad sólo es posible a partir de una calificación obtenida del examen de los hechos.*

En rigor, puede afirmarse que el desconocimiento de los hechos reducirá en ocasiones a nada la virtualidad de una sentencia del Tribunal Constitucional.

«A juicio de este Tribunal, toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada... El auto impugnado se fundamenta expresamente en el artículo 680 de la LECRIM, sin especificar cuál de las razones contenidas en el mismo es la que motiva la decisión... Pero sólo es posible entender que era aplicable una de ellas, la razón de moralidad» (sentencia de 15 de diciembre de 1982).

En esta sentencia, el artículo 680 LECRIM no es examinado en el fondo, sino que se le exige al Tribunal recurrido lo que en el capítulo anterior llamé una «motivación puramente formal»: si el Tribunal penal ha recurrido o no a una motivación legal para declarar que el juicio se va a celebrar a puerta cerrada. El «análisis ilustrativo de los hechos» se reduce a examinar si los considerandos de la Audiencia Provincial pueden estar basados en la finalidad de salvaguarda de la moral, pero no entra a considerar si se dan o no los presupuestos para ello. Ello nos puede llevar a conclusiones absurdas, puesto que si el TC limita hasta esa medida el conocimiento de los hechos, el juez ordinario podría haber argumentado cualquier cosa bajo una explícita alegación de finalidad moral. Remito, sin embargo, a la lectura de la sentencia para observar que el TC no ha respetado ese límite y ha realizado una verdadera calificación de los hechos.

En la sentencia de 2 de diciembre de 1982 leemos: «El TC debe entrar a conocer si el auto de la Audiencia Provincial viola los artículos 14 y 25 CE, pero no puede conocer respecto de si una separación matrimonial de hecho libremente consentida otorga o no a la mujer libertad de actuación.» A primera vista estamos dentro del ámbito del artículo 44.1 b) LOTC. Ahora bien, carecería de sentido que se considerase si la actitud de la Audiencia Provincial no ha sido discriminatoria sin establecer antes que el presupuesto de aquella actitud, el que no haya relevancia de los deberes conyugales por una mera separación de hecho, es sostenible. De ahí que el TC tenga que pronunciarse también sobre este tema y establecer si la mujer separada de hecho puede ser condenada a la separación culpable por injurias al marido.

Porque si según la legalidad ordinaria no fuese posible esta condena poco valor tendría el pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad del auto de la Audiencia. Claro está que el TC no puede realizar aquel juicio de legalidad ordinaria, pero sí puede fundamentar su decisión en un juicio ilustrativo sobre aquella legalidad. En esta sentencia, el TC realiza este juicio bajo el conocido recurso a la obviedad: es obvio que la mera separación no otorga libertad omnímoda. De esta forma es posible una armonía entre el juicio de legalidad y el de constitucionalidad.

El juicio de razonabilidad nos conduce irremediabilmente a los hechos porque a efectos constitucionales es necesario la calificación de los mismos, es decir, se trata de hacerlos constitucionalmente «significativos» para que el pronunciamiento del TC no se apoye en el vacío. *El conocimiento de estos hechos no puede ser simplemente ilustrativo, puesto que de un conocimiento así no podría surgir nunca una calificación, sino que tiende a fijar los elementos relevantes de la premisa menor del juicio, es decir, de la medida cuya constitucionalidad se examina.* Puesto que la CE impide desigualdades arbitrarias, la fijación del hecho debe ser una calificación a los únicos efectos que constitucionalmente importan: la razonable o irrazonable relevancia de la desigualdad, que es un resultado del examen de los hechos y nunca un punto de partida. *Esta calificación de razonabilidad a efectos estrictamente constitucionales resulta en todo caso ineludible para el TC:* constituye la calificación bajo el criterio de razonabilidad del supuesto. Hay un segundo tipo de calificación, que ya no es ineludible, y se da cuando aparte de la calificación constitucional (la razonabilidad de la situación resultante de la sentencia recurrida), se produce otra calificación adicional de legalidad ordinaria, es decir, cuando se trata de determinar su significado y alcance bajo un tipo normativo de legalidad ordinaria (por ejemplo, en el último caso citado, la calificación constitucional la constituye la razonabilidad de la decisión de la Audiencia Provincial; la calificación de legalidad ordinaria es un juicio sobre el Código Civil, acerca de si según éste la mera separación de hecho supone una relevancia de las obligaciones conyugales). Esta segunda calificación, que el TC realiza en ocasiones, se trata en el capítulo IV.

En la calificación a efectos constitucionales, bajo el prisma de la razonabilidad, se produce un «salto cualitativo» de la calificación realizada por un Tribunal ordinario en base a la legalidad ordinaria. Este salto consiste en que la calificación realizada por el juez ordinario no importa, en principio, en base a su corrección legal o técnica, sino a su razonabilidad: «La interpretación de la ley llevada a cabo por un Tribunal ha de ser aceptada por el TC en cuanto no resulte irrazonable» (sentencia de 21 de octubre de 1983). Lo que ocurre es que el mismo supuesto de hecho constituye la base de una y otra.

La ineludibilidad de la calificación de los hechos muestra en que la «conjetura de sentido» como punto de partida de un razonamiento, tal como

hablaba LARENZ, sólo puede darse cuando se califica de alguna manera los hechos que han servido de base a la sentencia impugnada. Además, como decía ENGISCH, la relación entre interpretación y subsunción no es la de un «prius» lógico de aquélla. Cada subsunción del supuesto de hecho en el precepto constitucional que contiene al factor razonabilidad como contenido inherente de ese tipo es una nueva interpretación que sirve de punto de partida para nuevas subsunciones. La sentencia de 15 de octubre de 1982, que ya hemos comentado en otra ocasión, constituye una magnífica prueba de esta «Wechselbeziehung».

El puro examen ilustrativo de los hechos se nos muestra, dentro de la teoría lógica del juicio como un «modus ponens» (X ha ocurrido aquí y ahora), mientras que el conocimiento que califica los hechos opera como un «modus Barbara» (lo ocurrido aquí y ahora es un X). Es el factor razonabilidad el que convierte al «modus ponens» en «modus Barbara».

El tipo de conocimiento de los hechos que realiza el TC puede ser clasificado de la forma siguiente:

1. Un conocimiento *encubierto* de los hechos. Tiene lugar siempre que nos encontremos ante una «conversión», en el sentido que la hemos definido en el capítulo II.

El TC no entrará a conocer si la limitación al derecho fundamental por razones de moralidad, limitación legítima en cuanto es necesaria al fin propuesto, y este fin es constitucionalmente atendible, resulta «aquí» y «ahora» necesaria para el caso presente. Pero sí puede conocer si esta medida es proporcional al fin pretendido. Bajo la forma de la proporcionalidad, se examina si la medida es necesaria teniendo en cuenta los hechos que han dado lugar a la sentencia (sentencia de 15 de octubre de 1982). El TC no puede entrar a conocer del valor probatorio realizado por el juez recurrido, pero puede estimar si el número y calidad de elementos probatorios garantizan la prohibición de indefensión. La garantía «elemental» es una proyección de los hechos, que determina qué es para el caso concreto una garantía elemental. Prueba de ello es que en ocasiones el TC realiza, sin duda más allá de su competencia, un análisis sobre la calidad de los elementos probatorios para servir de deducción a la culpabilidad (que es el reproche que el interesante voto discordante del magistrado Escudero del Corral a la sentencia de 28 de julio de 1981).

2. Un conocimiento *necesario* de los hechos. Tiene lugar este conocimiento cuando:

a) El TC utiliza un juicio de legalidad exclusivo y determinante para resolver una pretensión constitucional. Remito al capítulo siguiente donde se estudia este uso que el TC hace de la legalidad ordinaria.

b) Cuando en virtud de una «reinterpretación» de la ley ordinaria a partir de valores constitucionales, esta reinterpretación operada se concreta, para el caso particular, en la necesidad de «flexibilizar» la rigidez de las consecuencias de aquella ley.

En la sentencia de 21 de febrero de 1983, el TC se enfrenta a la siguiente cuestión. El artículo 154 de la LPL exige una consignación en metálico al empresario que quiera recurrir la sentencia del magistrado de Trabajo; el problema no se plantea, como pretende el recurrente, en que este artículo genera una desigualdad entre los empresarios con liquidez y los que carecen de ella. «Constitucionalmente» el problema reside en que esta situación de insolvencia del recurrente puede exigir una aplicación matizada de la ley. Así planteado, «es preciso reflexionar sobre el supuesto tratado y especialmente sobre los caracteres que manifiesta, constituida por la falta de liquidez de la tesorería.» El TC concede el amparo flexibilizando el artículo 154 *ad casum*, y para ello ha resultado imprescindible examinar los hechos que pueden justificar tal flexibilización. En este caso, el TC no ha aplicado directamente la CE, sino el artículo 154 LPL, suponiendo que en virtud de la reinterpretación operada, este artículo contiene una «laguna negativa», según la cual el mandato deja de tener validez cuando a la vista de las circunstancias concretas no puede racionalmente exigirse una consignación en metálico. Esta sentencia es también un buen ejemplo de la diferencia entre una calificación relevante a nivel constitucional y la calificación que se opera a nivel de la legislación ordinaria. Para calificar constitucionalmente los hechos, el TC no ha tenido que recurrir al concreto proceso en que dicho empresario era parte (despido, calificación profesional, etc.), sino que le ha bastado con extraer de los mismos lo único constitucionalmente relevante: su falta de tesorería en relación con el artículo 24 CE.

c) Siempre que el precepto fundamental que reconoce derechos no pueda ser efectivamente protegido si no es a través de un examen circunstancial de los hechos. Este es el caso del artículo 25 CE que plasma el principio de tipicidad y legalidad de los delitos. Sólo si el hecho cae bajo el ámbito de aplicación de un tipo penal se está respetando el mandato del artículo 25. Ahora bien, para poder determinar esta circunstancia habrá que dilucidar si los hechos en cuestión caen o no bajo el ámbito de aplicación de un tipo penal.

La sentencia de 30 de enero de 1981 contiene el siguiente pronunciamiento: «El principio de legalidad penal del artículo 25 CE también se considera violado por el recurrente al sostener que los hechos —entrega del dinero y partida de diamantes— no se encuentran tipificados penalmente. Lo que se propone otra vez por el recurrente es que el TC realice una nueva construcción de los hechos que dieron lugar al pronunciamiento judicial, cosa que está prohibida por el artículo 44. 1 b) LOTC.» A mi juicio, si se quiere dar al artículo 25 un mínimo contenido, hay que entender que la prohibición del artículo 44.1 b) LOTC no alcanza a los recursos de amparo interpuestos por

violación de aquel precepto. Porque si así fuera, cualquier cosa podría ser considerada como delito por un juez penal sin que el TC pudiese controlar esa actividad. De todas formas, hay que advertir que, contra las palabras aquí transcritas, en esta sentencia el TC sí ha realizado un examen circunstanciado de los hechos para convencerse de que se trata de un delito de contrabando. Lo que prohíbe el artículo 44.1 b) LOTC en relación al 25 CE es que ante el foro constitucional vuelvan a probarse los hechos, y prohíbe, además, que el TC realice una calificación «exhaustiva» del tipo penal adecuado. Le debe bastar un grado de conocimiento de los hechos que le permita asegurarse que, efectivamente, existe un tipo penal que pueda recogerlo, contando y admitiendo que la actividad probatoria realizada por el juez *a quo* es razonable. Lo que nunca puede alcanzar la competencia del TC es a determinar si es el tipo penal elegido por dicho juez o bien otro tipo cualquiera el que resulta adecuado al supuesto de hecho.

d) En todo caso, y con una intensidad variable, el conocimiento de los hechos resulta «constitucionalmente necesario» siempre que se introduzca la cláusula de razonabilidad, que lleva a la necesaria calificación «a efectos constitucionalmente relevantes» de esos hechos. La intensidad de ese conocimiento no puede nunca determinarse *a priori*.

En resumen, la relación del factor de razonabilidad y el conocimiento de los hechos que dieron lugar a la sentencia se caracteriza:

1. Porque la introducción del factor razonabilidad en el tipo constitucional hace necesario calificar los hechos para poder dar un juicio sobre la razonabilidad de la sentencia recurrida.

2. La negativa a realizar una aplicación automática del precepto constitucional (el sindicato X ha sido enviado a la OIT como representante español, mientras que el sindicato Y no ha gozado de ese derecho) hace necesario introducir puntos de vista diversos de valoración de los hechos.

#### 4. EL JUICIO DE LEGALIDAD

La estructura de la justicia constitucional exige distinguir netamente entre el juicio de legalidad ordinaria y el de constitucionalidad. Según el primero, la decisión judicial se obtiene a partir de los criterios y del contenido de normas con rango de ley. Según el segundo, únicamente resulta legítimo al juez constitucional dar una decisión fundada en los propios preceptos constitucionales, sin necesidad, más aún, con la prohibición expresa de utilizar criterios extraídos de la legalidad ordinaria. El TC, según el artículo 1.º de la LOTC, únicamente está sometido a la CE y a su propia Ley Orgánica. Positivamente, ello significa que no es posible ventilar ante el foro constitucional una pretensión que alegue la aplicación de una norma de rango inferior a la CE. Negativamente, significa que el TC no puede dar cabida a esa pretensión.

Esto supone, en primer lugar, la exigencia de que el TC no se convierta en una nueva instancia. En el recurso de amparo no se puede pretender que el TC busque la «ley adecuada al caso» y, por tanto, que realice una interpretación de esta ley. En segundo lugar, esta exigencia de la justicia constitucional supone que es teóricamente posible la escisión entre un juicio de legalidad y otro de constitucionalidad que prescindan de la ayuda de aquél. En base al artículo 117 CE la utilización procesal de un recurso de legalidad es competencia exclusiva del Poder Judicial y, por lo tanto, la distinción entre una jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria integrante del Poder Judicial dependen de la posibilidad teórica de realizar aquella escisión.

En el ámbito del juicio de constitucionalidad, ello significa que los preceptos constitucionales están dotados del suficiente contenido normativo como para permitir una decisión que sea reconocible como decisión jurisdiccional y no como acto de consideración política, y que, sin embargo, esa decisión jurisdiccional no sea un acto de aplicación de la ley.

El TC ha declarado una y otra vez la necesidad de aquella distinción:

«No compete interpretar a este Tribunal la legislación laboral ni decidir las cuestiones relativas al alcance de las indemnizaciones sustitutivas a cargo del Fondo de Garantía Salarial, sino tan sólo si se ha producido o no la violación del artículo 14.» (Sentencia de 14 de julio de 1982.) «No entra en la competencia de este Tribunal conocer respecto de si una separación matrimonial de hecho libremente consentida otorga o no a la mujer libertad de actuación.» (Sentencia de 2 de diciembre de 1982), etc.

Ya hemos visto, sin embargo, en el capítulo anterior, que la práctica no siempre responde a estas declaraciones. En la sentencia de 12 de julio de 1982 se decía que compete al TC el conocimiento de una pretensión basada en la violación de un derecho fundamental si esta violación estuviera originada *por la aplicación errónea de la ley adecuada*.

En el capítulo anterior veíamos que esto conducía necesariamente al análisis de los hechos; en el tema que ahora nos ocupa, ello significa que el TC va a buscar la ley adecuada al conflicto constitucional dentro de la legalidad ordinaria. Esta búsqueda supone, claro está, que la justicia constitucional realiza un juicio de legalidad. (En el caso de la sentencia citada, la ley adecuada era la 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.)

El juicio de legalidad puede manifestarse en tres ocasiones dentro de la justicia constitucional:

1. En el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y actos con fuerza de ley. Ello, claro está, no presenta ninguna complicación. El TC debe realizar una doble interpretación, de la CE y de la ley presuntamente incons-

titucional, determinando el alcance de ésta para hacer posible su contrastación con la Ley Fundamental.

En esta doble interpretación, lo característico es que la norma cuya constitucionalidad se enjuicia es interpretada unitariamente, en el sentido de que su interpretación como ley ordinaria vale igualmente como calificación de su posible inconstitucionalidad. La interpretación de la ley es idéntica a la que realiza de la misma un juez ordinario, pero con la diferencia de que esta interpretación en la justicia constitucional no se hace para obtener un criterio de decisión que resuelva un caso concreto.

En este contraste de normas no puede plantearse el problema de la *quaestio facti*, ya que el recurso abstracto de inconstitucionalidad se caracteriza porque en él la norma legal ocupa la misma posición que el supuesto de hecho en un recurso de amparo, esto es, la premisa menor en la aplicación normativa constitucional. Mientras el juez ordinario califica los hechos de acuerdo con la ley, el juez constitucional califica la ley de acuerdo a la CE. Por lo tanto, aquí no se plantean eventuales conflictos de competencia entre el juez ordinario y el TC.

Este juicio de constitucionalidad, por lo tanto, no lo trataremos aquí.

2. Cuando la CE exige al TC que tenga en cuenta la legalidad ordinaria para pronunciar un juicio de constitucionalidad sobre una norma (por ejemplo, «legislación básica del Estado», en relación con una norma de las Comunidades Autónomas, para cuya competencia la legislación básica del Estado actúa como *condictio iuris*).

3. Cuando el juez constitucional utiliza «mediatamente» la norma fundamental para resolver un supuesto, interponiendo en su juicio una calificación obtenida desde la legalidad ordinaria. Su ámbito es el recurso de amparo. Este es el caso que vamos a tratar aquí, sin perjuicio de dedicar una breve atención al segundo.

El problema nace desde el momento en que el juicio de aplicación de un precepto constitucional resulta sobremanera complejo, complejidad derivada del carácter abierto e indeterminado de los tipos constitucionales, lo que dificulta que el caso concreto sometido al examen del TC pueda ser fácilmente constatable como incluido dentro de aquel tipo.

Recordemos el caso ya citado del sindicato ING. ¿De qué manera es posible averiguar si el artículo 28 CE, que no contiene ninguna especificación, garantiza o no la pretensión de la central sindical recurrente en el sentido de que se la restituya en su derecho por haber sido tratada discriminatoriamente al no haber sido enviada a la OIT? Una sentencia estimatoria o desestimatoria del amparo, basada en los solos datos que ofrece el artículo 28, no podría ofrecer muchos elementos de motivación. La necesidad de encontrar una decisión razonable exige que en el caso concreto el TC cuente con un apoyo «argumental» derivado de la legislación ordinaria para obtener aquella motivación. En el caso presente, el TC utiliza a nivel «indicativo» la disposición

adicional 6 del ET que sólo concede, cuando se tiene un 10 por 100 de los miembros del comité de empresa, el derecho a participar junto a la Administración pública. Pero la OIT es un organismo internacional. Esto constituye un apoyo argumental, basado en un juicio de legalidad, para denegar el amparo.

Una norma no sólo debe ofrecer el material a partir del cual resulta posible su aplicación, sino que debe contener en sí misma los criterios para poder decidir qué es lo esencial y qué no es lo esencial a la hora de realizar aquella aplicación. Al nivel que ahora lo estudiamos, ello significa que la mayoría de las veces el precepto constitucional no nos ofrece indicios para decidir qué es lo esencial y qué es lo inesencial. Esa es la razón por la que el examen de la legislación ordinaria que un juez aplicaría al caso si éste se plantease en su foro de competencia tenga que servir de ayuda al juicio de constitucionalidad. El juicio de legalidad ordinario realizado por el TC actúa a dos niveles: 1), en el precepto constitucional, dándole una cierta determinación y completándolo de modo tal que el supuesto de hecho pueda ser calificado dentro de aquel precepto; 2), en el supuesto de hecho mismo que se plantea al examen del TC, en la medida que favorece su calificación (esto es, que no sólo aparezca como un material bruto) con la ayuda de conceptos jurídicos de la legalidad ordinaria.

La praxis judicial del TC incorpora constantemente conceptos e instituciones jurídicas ya calificados legalmente (adopción, indemnización sustitutiva de un despido nulo, homogeneidad de delitos, etc.). Hay que advertir que aquí estamos tratando únicamente del uso argumentativo del juicio de legalidad. No pretendo decir con ello que la Ley Fundamental necesite una mediatización legal para poder ser aplicada. Esto es ya una cuestión de política constitucional y pertenece a un análisis crítico de las soluciones del TC. Pero aquí, y conviene repetirlo, no estamos tratando de ello.

El uso que el TC hace del juicio de legalidad es de intensidad variable:

1. Juicio de legalidad determinante. Es el caso de un juicio de legalidad utilizado con carácter exclusivo por parte del TC para resolver un supuesto de amparo, cuando la decisión final de este Tribunal no utiliza como criterios de decisión los que le ofrece la Ley Fundamental. Constituye por parte del TC un uso abusivo de su competencia y le convierte en una nueva instancia.

Así operan la sentencia de 12 de julio de 1982 y la de 14 de febrero de 1983. En esta última el TC centra su examen en la averiguación de cuál es la normativa aplicable que determine el cómputo de la prescripción. El recurso de amparo se convierte en una búsqueda de la Ley adecuada. Si el artículo 14 tiene una virtualidad propia para regular la prescripción, el juicio constitucional es posible. Pero no es posible si el artículo 14 no tiene esa virtualidad, pues entonces el juicio de constitucionalidad se convierte en una pura selección de normas en el tiempo en base a los criterios de derecho transitorio de la legalidad ordinaria (en el sentido correcto, *vid.* la sentencia de 5 de

marzo de 1983). Es también un juicio de legalidad determinante, en base a una aplicación exclusiva de la Ley Ordinaria, la sentencia de 23 de noviembre de 1983 («caso Vinader»), al menos en su primera parte, pues el TC no hace mucho más que extenderse en consideraciones sobre el significado y alcance del polémico artículo 733 LECRIM.

2. El juicio de legalidad justificativo. Es el más común, y su utilización me parece legítima, supone que la decisión del TC se toma a partir de los preceptos fundamentales, pero se realiza un juicio de legalidad que orienta, determina o complementa en alguna medida aquella decisión.

En la sentencia de 13 de diciembre de 1982 se plantea un delito de tortura realizado por la Guardia Civil en establecimiento militar. Se han producido diversas vicisitudes de competencia entre el juez penal ordinario y la jurisdicción militar hasta que por fin se ha atribuido a ésta la competencia. El recurrente solicita el amparo pretendiendo que se ha violado su derecho a una protección efectiva y su derecho al juez ordinario. Según el TC, el artículo 117 CE establece que «la Ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense...», el precepto remite a la regulación legal, pero es evidente que su enunciado tiene un valor interpretativo de aquella regulación..., carácter eminentemente restrictivo... que ha de ser tenido en cuenta para interpretar la legislación correspondiente». Esta remisión constitucional a la legalidad no quiere decir que el TC tenga que resolver el caso de acuerdo a esta legalidad, pero supone que la Ley de Policía de 1978 y la reforma posconstitucional del CJM van a ayudar a obtener una decisión razonada. El artículo 24 CE, en relación con el 117.5, no permite suponer en ningún caso que el conocimiento de la causa por la jurisdicción militar constituya indefensión. Sin embargo, el juicio de legalidad no va a ser determinante, ya que la remisión a la Ley no se hace indiscriminadamente; el límite de lo «estrictamente castrense» es un estándar material que reconduce el juicio de legalidad ordinaria a los esquemas de una decisión tomada desde la propia CE. «La Ley de Policía... establece que los delitos cometidos... serán enjuiciados por la legislación ordinaria, salvo que por razón del delito... parece que la única excepción posible sería la del lugar de comisión..., el artículo en cuestión es el 9.1.º del CJM, que establece la competencia de la jurisdicción militar por razón del lugar a delitos cometidos en los cuarteles siempre que afecten al buen régimen o servicio de las Fuerzas Armadas..., es evidente su finalidad de limitar la jurisdicción militar a lo estrictamente castrense a que se refiere el artículo 117.5.º CE». La CE aparece como un punto de remisión para dar alcance constitucional al juicio que se está realizando. No cabe duda que el artículo 9 CJM es decisivo para otorgar el amparo. Esta interesante sentencia pone de manifiesto que las Leyes posconstitucionales gozan de una fuerte presunción de conformidad con la Ley Fundamental, lo que permite que el TC pueda partir directamente de esta disposición legal por la sencilla razón de que es más fácil realizar la deducción aplicativa a partir del 9 CJM que del 24 CE. Pero no es exclusivo,

pues, como hemos visto, asistimos a un reiterado ir y venir de la Ley Fundamental a la Ley ordinaria, una especialidad de «círculo hermenéutico» de la interpretación en el ámbito específico de la justicia constitucional.

Son muchas las sentencias que utilizan este juicio mixto de legalidad-constitucionalidad. La ya vista del sindicato gallego de 10 de noviembre de 1982 en relación con la disposición adicional 6 del Estatuto de los Trabajadores, en la que se salva la autonomía del juicio de constitucionalidad al afirmar *in fine* que el que no se le haya aplicado dicho precepto «no significa que se le haya dispensado un trato desfavorable carente de justificación».

El TC no concede el amparo, no porque la OIT no sea un órgano de la Administración Pública, sino porque el tratamiento no ha sido discriminatorio, pero el análisis realizado de la disposición adicional 6 ET posee un elevado grado de convicción.

En la de 20 de diciembre de 1982, en la que el TC declara que no puede obtenerse una pretensión dirigida a la concesión de una emisora de onda media sin someterse al procedimiento concesional. El artículo 20.1.º CE no deja ver claramente si de él se deduce o no la necesidad de un procedimiento concesional para emitir información a través de una emisora. Pero la Ley 4/1980, de 10 de enero, considera a la radiodifusión como un servicio público que admite la gestión indirecta. Al ser una Ley posconstitucional goza de una fuerte presunción de conformidad con la CE, por lo que ofrece al TC una orientación decisiva a la hora de deducir las consecuencias del artículo 20.

La sentencia de 4 de mayo de 1983, cuyo supuesto trata de unos hijos adoptivos simples a los que se les niega la pensión de orfandad. Se pretende que se ha violado el principio de igualdad de los hijos. El TC niega el amparo, «no es menester analizar aquí qué es la adopción en sus formas de la adopción plena y la adopción simple... según el Código Civil..., pero sí tiene que decirse aquí que los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos..., y aquí el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza no significa para los adoptados de forma simple una interrogación». ¿De dónde obtiene el TC esta distinción entre ambas formas de adopción? Sin duda que no lo hace de los artículos 14 y 39 CE. Para que el juicio de constitucionalidad no mezclase cuestiones de legalidad la adopción debería existir como una entidad prepositiva independiente de su configuración en el Derecho Civil. Pero es claro que no existe más adopción que la del Código Civil, y si alguna distinción existe entre el régimen de la simple y la plena es la que señala el Código Civil; el TC ha utilizado todas estas determinaciones de la norma civil, calificando el supuesto mediante un juicio de legalidad orientativo para «deducir del artículo 14» que no se ha producido indefensión.

Igualmente, sentencia de 30 de julio de 1983 respecto a la Ley General Penitenciaria, o la de 31 de mayo de 1983 respecto a la LOPJ, en la que se afirma que «la Ley... concreta en alguna medida el derecho fundamental».

La casi totalidad de los recursos de amparo contra resoluciones judiciales adoptan esta forma de resolución. El TC realiza una aplicación «sincrética» del Ordenamiento Jurídico como un todo cuyo significado se determina por el papel que la CE juega como principio ordenador que dota de sentido a toda la realidad normativa. Se trata de una *utilización principialista de la CE*.

3. El juicio de legalidad *reinterpretada*. Es una forma especial de la anterior; consiste en que el precepto constitucional actúa sobre la norma legal dándole un contenido interpretativo diverso al que anteriormente tenía o al que mantenía la jurisdicción ordinaria. Con ello se consigue, de un lado, la conformidad de esta Ley con la CE, y, de otro, resolver el caso planteado acudiendo directamente a esta legalidad ordinaria reinterpretada. La CE actúa aplicándose «indirectamente» sobre el supuesto de hecho, al operar inmediatamente una conversión del contenido de la Ley aplicable.

Deduciendo del artículo 24 CE el derecho a la asistencia de letrado, se reinterpretan los artículos 118 y 860 LECRIM. En virtud de esta reinterpretación la asistencia letrada deja de ser una carga procesal (con las consecuencias que ello implica) para convertirse en un derecho subjetivo que puede o no ser ejercitado por el particular. En el orden práctico, pues, tanto da decir que se ha producido una violación del 24 CE como señalar que la Ley adecuada al caso ha sido «erróneamente aplicada» por el juez (sentencia de 2 de julio de 1982). El TCT concluye que la UGT no está legitimada para promover conflicto colectivo, a la vista del artículo 18 del Decreto-ley de marzo de 1977 sobre Relaciones Laborales, «en estricta legalidad ordinaria, esta interpretación es válida, pero no en el marco de la interpretación constitucional de los artículos 7 y 28 CE». Al igual que en el caso anterior, esto puede significar, sin que varíe por ello el resultado, que el TC no discute este argumento de legalidad ordinaria, pero que hay un argumento «más fuerte» obtenido a partir de la CE; o puede entenderse que mediante la reinterpretación se modifica la Ley ordinaria, y en este caso el TC anula la sentencia del TCT como si de una casación por infracción de Ley se tratase. El resultado es idéntico, pero prefiero esta segunda interpretación, pues la primera conduciría a legitimar para el futuro dos juicios de aplicación igualmente «válidos», pero de resultado contradictorio. En último extremo, el resultado sería que cualquier juez laboral, por un principio de coherencia, debería elegir entre el juicio de constitucionalidad, abandonando el de legalidad ordinaria, lo que supondría una declaración implícita de inconstitucionalidad del artículo 18 del Decreto-ley, mientras que la segunda permite salvar el vacío normativo.

Véase también la sentencia de 24 de julio de 1981.

En este tipo de juicio de legalidad, *la CE resulta aplicada mediatamente a través de la norma legal adecuada al caso*. El control sobre el juez ordinario no opera mediante un distinto punto de vista del TC, sino a través del control de la legislación que dicho juez debe aplicar. La relación entre la

Ley y la CE es dialéctica. Mientras ésta le da a aquélla un significado constitucionalmente valedero, aquélla le ofrece a la CE un contenido constatable.

4. El juicio de legalidad *necesario*. Existen supuestos en que el TC tiene que realizar necesariamente un juicio de legalidad para que su sentencia sea correcta. El TC no puede prescindir de este juicio, pues si así fuera le conduciría a un inevitable pronunciamiento de *non liquet*. Este juicio es necesario.

a) Cuando se trata de enjuiciar la legalidad de una disposición normativa de rango inferior al de Ley.

No lo ha entendido así la sentencia de 22 de julio de 1982 al declarar que «es preciso un análisis de la constitucionalidad de la OM en el bien entendido que dicho juicio no implica el de legalidad con respecto al Real Decreto de 20 de febrero de 1979, cuestión en la que esta Sala no entra». Ciertamente que el TC actúa bajo el deseo de limitar estrictamente sus competencias, pero no puede olvidar dicho Tribunal que una disposición normativa que viole el rango jerárquico constituye igualmente una violación del artículo 9 de la CE. No sólo es posible un examen de la constitucionalidad material de los artículos 14, 23 y 28 de la CE, sino el examen de la constitucionalidad formal que significa el respeto de la jerarquía normativa.

Es idéntico al juicio de legalidad que realiza un juez ordinario; únicamente cambiaría el punto de vista a partir del cual se analiza el juicio: para el TC una disposición normativa que viole otra de rango superior sería inconstitucional por el artículo 9.3; para el juez ordinario, además de ello, sería ilegal por violar el artículo 23 de la LRJAE. Lo particular del juicio de legalidad necesario que realiza el TC radica en que el pronunciamiento que se deduce de él es únicamente un pronunciamiento de constitucionalidad, y la única medida que puede decidir es la nulidad, no cualquier otra que pudiera surgir del hecho de ser ilegal. El principio de jerarquía normativa (como el de tipicidad de los delitos) pertenece así al ámbito de la justicia constitucional.

b) Es necesario el juicio de legalidad cuando se trata de controlar el uso de la legislación delegada por parte del Gobierno.

El Gobierno redacta un texto refundido en virtud de la disposición final 6 del ET, de la LPL, suprimiendo los recursos en materia de calificación profesional. El TC tiene que examinar el ET para averiguar si en él existe especialidad procesal alguna en materia de calificación profesional, esto es, debe realizarse un juicio de legalidad de la norma delegante. El TC concluye que tal especialidad no existe y que «la supresión de recursos en el artículo 137 de la LPL carece de cobertura legal, y la decisión del Gobierno al aprobarlo así no está amparada en la delegación, sino que incurre en causa de inconstitucionalidad» (sentencia de 29 de julio de 1982).

El juicio de legalidad viene exigido por el artículo 82 CE. El respeto del Decreto Legislativo a la norma delegante no es algo que pueda quedar a la

sola competencia de los tribunales ordinarios o a los esquemas de control que en cada caso establezca la delegación. Es una cuestión constitucional en la que la Ley Delegante se convierte en fundamento del examen y el texto refundido en el supuesto de hecho de la cuestión.

Al igual que en el caso anterior, el juicio de legalidad viene requerido por el juicio de constitucionalidad, y también, al igual que el supuesto anterior, nos encontramos ante un caso de doble competencia: la del TC y la del juez ordinario. Pero no se trata de una atribución exorbitante de competencias, sino de un juicio necesario de legalidad que se presenta como una «cuestión constitucional».

En el control formal de la delegación, tanto el juez ordinario como el TC coinciden, y respecto al control material, creo que el TC tiene igualmente competencia para determinar no sólo la violación de la disposición combatida a los preceptos materiales constitucionales, sino incluso a los preceptos materiales y valores implícitos de la norma delegante y superior.

Creo que ello viene exigido por el principio de jerarquía normativa, y, por lo tanto, no debe limitarse en este punto el grado de conocimiento por parte del TC. Una integración mínima del contenido constitucional del artículo 9.3 supondría entender que éste sólo asegura, como «cuestión constitucional», la existencia de un órgano encargado o con competencia para declarar la nulidad de las disposiciones que violen las de rango superior. Pero esta interpretación mínimamente integradora no me parece la adecuada. Es el propio TC el que debe vigilar el respeto de aquel principio. Por lo tanto, debe aceptarse con alguna reserva lo que el TC afirma en este sentencia en el sentido de que «este Tribunal ha de resolver en base a criterios estrictamente constitucionales si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa delegada y si el precepto es contrario a la CE por razones de contenido».

c) Es necesario un juicio de legalidad sobre la *legislación «básica» del Estado* cuando la CE o los Estatutos de Autonomía condicionen la competencia de una Comunidad sobre una determinada materia a la existencia de aquella legislación básica del Estado. La competencia del TC no sólo alcanza a la constatación de la existencia de dicha legalidad, sino a la determinación de su contenido e interpretación, ya que la validez de una norma de carácter autonómico, siempre que se encuentre en este caso de dependencia respecto de la legislación básica del Estado, es el resultado de una conformidad material a dicha legislación. Véase, entre otras muchas, la de 29 de julio de 1983, en que el TC examina la legislación del Registro Mercantil, y la Ley General de Cooperativas para determinar si la legislación básica del Estado considera constitutiva la inscripción de cooperativas.

*El juicio de legalidad implica en todo caso el conocimiento de los hechos, dado que aquél actúa siempre como instrumento de calificación de éstos. Tanto da que se entienda que el TC acude primero a un examen no mera-*

mente ilustrativo de los hechos, lo que conduce a la necesaria utilización del juicio de legalidad con el que aquéllos han de ser calificados o que se utilice el juicio de legalidad como criterio orientativo de la decisión, circunstancia que conlleva a un conocimiento de los hechos para poder aplicar sobre ellos la calificación suministrada por aquella legalidad.

En la sentencia de 26 de julio de 1983, «el Tribunal Supremo ha inadmitido el recurso contencioso-administrativo en base a calificar los escritos dirigidos por éste a la Administración como un recurso de reposición, deduciendo de ello, en aplicación del artículo 58.2 LJCA que la resolución por la que se excluyó al recurrente como funcionario de carrera devino firme y consentida...., y que debía apreciarse el motivo de inadmisión previsto en el artículo 82, c), en relación con el 40, a), de la misma LJCA. Pero... los escritos... no constituyen un recurso de reposición, sino meras reclamaciones contra resoluciones provisionales de las previstas en el artículo 121 LPA, las cuales, según este último precepto, no tendrán la consideración de recursos. En efecto, tales escritos iban dirigidos a provocar una rectificación por la Administración de la relación provisional aprobada por..., mientras que un auténtico recurso de reposición»... El TC ha conocido los hechos que dieron lugar a la demanda; en consecuencia, esto le ha llevado a realizar un juicio de legalidad sobre la LJCA y la LPA. O bien, el TC ha utilizado un juicio de legalidad en la fundamentación de su fallo, lo que le lleva al conocimiento de los hechos sobre los que se aplica dicha legalidad. Todo radica en saber si los escritos dirigidos a la Administración eran un recurso de reposición o si se trataba de meras reclamaciones contra resoluciones provisionales. Esto es, una calificación de legalidad ordinaria.

Que el juicio de legalidad implique en mayor o menor medida una determinada competencia sobre los hechos no quiere decir que la inversa sea en todo caso también cierta. El TC puede, y en rigor debe, en un recurso de amparo entrar a conocer de los hechos para poder determinar la calificación jurídica constitucional de la razonabilidad del acto de los poderes públicos recurrido, calificación que en todo caso sería imposible sin un determinado conocimiento de esos hechos. *La calificación de razonabilidad de la situación que se enjuicia es, en todo caso, una calificación constitucional, para la cual el juicio de legalidad no resulta imprescindible (vid. sentencia de 10 de julio de 1981).* La calificación que opera el juicio de legalidad es suplementaria; actúa cuando, para obtener un adecuado y decisivo conocimiento del supuesto planteado, es necesario contar con una calificación adicional de los hechos que se obtiene a través de la aplicación de una disposición legal (adopción simple, delito de calumnias frente al de injurias, carga procesal de la asistencia de letrado, delitos cualificados por el lugar de comisión, recurso de reposición frente a reclamaciones contra resoluciones provisionales, etc.).

A nivel argumentativo, la calificación por el juicio de legalidad sólo se utiliza por parte del TC cuando ésta es exigida por el grado de dificultad que supone obtener un pronunciamiento convincente a partir de la sola aplicación

de los preceptos constitucionales. Cuando esta dificultad no existe, el juicio de legalidad no es utilizado. «El 24.1 CE supone el derecho a que se forme y resuelva el expediente por el Ministerio de Justicia en el recurso de revisión penal del artículo 954 LECRIM..., pero no el derecho a que se interponga el recurso por el Fiscal General del Estado» (sentencia de 30 de marzo de 1981). Se trata de una sentencia estimatoria de amparo en la que no ha sido necesario interpretar el artículo 954 LECRIM sobre si se da o no se da alguna de las causas que permiten la interposición del recurso de revisión. «En un recurso de amparo... la materia objeto de examen y decisión ha de ser exclusivamente la de alcance constitucional, pues no compete a este Tribunal decisiones respecto del modo en que haya de entenderse, interpretarse o aplicarse la legalidad ordinaria..., por esta razón en el actual trámite del recurso no es posible entrar a examinar el problema de las relaciones entre los artículos 55 y 56 ET y 211 de la LPL, aprobada por Decreto Legislativo» (sentencia de 29 de junio de 1983).

No creo que sea preciso para resolver un recurso de amparo contra una sentencia en la que el juez ordinario ha realizado una aplicación adecuada de la Ley, que se declare *antes* la inconstitucionalidad de la Ley aplicada. En mi opinión, la estructura de la justicia constitucional no lo exige. Condicionar el amparo al pronunciamiento por el Pleno sobre la constitucionalidad de la Ley aplicada supone implícitamente que se está requiriendo un juicio de legalidad para que el TC decida sobre dicho amparo. Ciertamente, el artículo 55.2 LOTC permite que se estime el amparo por violar la Ley aplicada algunos de los derechos fundamentales, en cuyo caso la Sala elevará la cuestión al Pleno. Este artículo habla de «en caso de estimarse el amparo», esto es, que el TC ha decidido sobre el fondo sin necesidad de una mediación legal.

Sin embargo, en ocasiones, el TC no lo ha entendido así. Según la sentencia de 18 de diciembre de 1981, «para resolver el presente recurso (de amparo) es preciso previa y contemporáneamente decidir la inconstitucionalidad de las Leyes impugnadas». Igualmente, la de 23 de noviembre de 1983, vuelve a repetir esta doctrina al mantener que «para que la consideración como delictiva del hecho informativo (se trata del "caso Vinader") pueda ser examinada en esta sede hubiera sido menester que se hubiera impugnado la constitucionalidad de las normas jurídicas en las que el tipo delictivo se encuentre contenido». Creo que ideas de este cariz suponen un condicionamiento definitivo de la solución constitucional por la solución de legalidad ordinaria. Puede encerrar también la petición de principio de que todo caso particular sujeto al control del TC debe «poder ser» resuelto por una reinterpretación de la legalidad ordinaria, y que es el TC el que debe realizar esa interpretación. En el sentido correcto, la sentencia de 16 de diciembre de 1983.

En definitiva, la relación entre el factor razonabilidad y el juicio de legalidad puede resumirse de la siguiente manera: 1) El juicio de legalidad actúa como motivación del fallo constitucional, cuando este Tribunal necesi-

ta acudir a argumentos de legalidad ordinaria para resultar especialmente convincente. 2) Es el resultado del «relativo» grado de conocimiento sobre los hechos. 3) Es un elemento discursivo que facilita la deducción del tipo constitucional, bien entendiendo a la calificación legal como una integración (caso del delito de torturas cometido por la Guardia Civil), bien actuando mediante una subsunción del supuesto de hecho en la norma legal «constitucionalmente reinterpretada». 4) Puede significar también por parte del TC un deseo de asegurar que la decisión constitucional «puede» ser obtenida también desde la Ley ordinaria por un juez que aplicara sólo esta legislación. Pudiera llamarse en este caso un deseo de asentamiento general a la decisión del TC, el que ésta pudiera haber sido obtenida desde cualquier «punto de vista» del Ordenamiento Jurídico.

##### 5. LA INTERPRETACIÓN MATERIAL

En el tipo constitucional existen elementos determinados y definidos por una ciencia jurídica especializada y que el precepto de la Ley Fundamental asume como propio sin que, en principio, haya nada que deba obligarnos a entender que la CE ha operado una «redefinición» para su ámbito propio, de aquellos conceptos. «Huelga», «propiedad», «delito», «Ley», «normativa básica», etc., son conceptos que intervienen en una «cuestión constitucional», y, sin embargo, la determinación técnica de los mismos no puede realizarse en el ámbito del propio sistema de la Norma Fundamental. Hemos visto en el capítulo anterior que la utilización, más o menos intensa, del juicio de legalidad era una consecuencia de este fenómeno. Ahora lo que nos interesa es otro aspecto de la cuestión: cuando el TC realiza un juicio de conformidad con la CE pudiera ser que ese juicio de conformidad se convirtiese en un juicio de contrastación con aquellos conceptos. Se preguntará, por ejemplo: ¿es básica tal legislación del Estado, entendiendo por básica lo que la ciencia jurídica administrativa interpreta como tal? Un juicio así realizado tiene el peligro de que su única fundamentación descansa en una definición doctrinal, «extraconstitucional» del concepto utilizado. La motivación del fallo se identificaría con el acierto o desacierto de la elaboración científica de aquel concepto. La particularidad de los casos que estudiamos ahora radica en que el TC huye de estas deducciones fáciles mediante una interpretación valorativa de los conceptos que han de determinar el fallo, valoración que se hace desde puntos de vista diversos y que lleva en último extremo a que el TC *defina nuevamente para el ámbito propio de sus competencias los términos utilizados*. Al igual que en otros extremos, la justicia constitucional representa aquí una ruptura de la «cadena de motivación» y de un uso uniforme del Derecho. Esta redefinición actúa de dos maneras: 1) La creación de un ámbito específico de validez de ese nuevo término, ámbito que es el de lo «constitucionalmente relevante», y que, en principio, no afecta al uso que en otras ramas de la ciencia jurídica pueda darse a dicho concepto. 2) Un

ámbito de validez *general* para la totalidad del ordenamiento de forma tal que ninguna rama específica de éste puede permanecer ajena a este nuevo significado del concepto realizado «constitucionalmente».

La doctrina alemana elaboró la teoría según la cual la Constitución tiene una virtual capacidad para crear conceptos propios (*Selbsbegrifflichkeit*, en expresión de Leisner). Significa que la Constitución no acepta sin más la remisión de los conceptos jurídicos utilizados a partir de la disciplina jurídica en que dichos conceptos tengan su tratamiento dogmático, sino que la propia garantía constitucional redefine, para su propio ámbito, y para el de las distintas disciplinas jurídicas ordinarias, el sentido en el cual dicha institución debe «valer» para el futuro. Peter Badura, que aplicó estas ideas al estudio del concepto constitucional de propiedad, señalaba que la significación última de este dato consistía en que el legislador no podrá ya llamar propiedad a cualquier cosa y con los caracteres cualesquiera que se le ocurran. Consecuentemente, podríamos decir ahora para el ámbito propio de la justicia constitucional no sólo nos encontramos ante una expansión del ámbito de validez del valor constitucional del término, sino incluso ante la necesidad de que el propio TC deba realizar una valoración crítica de aquellas instituciones.

Así lo ha entendido el propio Tribunal, que en sentencia de 20 de julio de 1981 afirmaba:

«Cuando se trata de una exégesis constitucional debemos rechazar el intento de aprehender los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior que precisamente habrán de interpretarse en lo sucesivo en el ámbito de la CE.» En el último fundamento de esta sentencia puede verse un magnífico uso de esta teoría con respecto al concepto de «derechos adquiridos».

El TC ha utilizado este poder de definición autónoma para el ámbito de su competencia dando a los conceptos un contenido valorativo de carácter material. Contenido que no puede ser ya determinado por una mera definición formal o por la remisión igualmente formal a partir de la disciplina jurídica en que dicho concepto se elaboró. La *Selbsbegrifflichkeit* se ha convertido, en el ámbito de la justicia constitucional, en una interpretación material de los conceptos, entendiéndose que tales deben encerrar el contenido de valor propio que exigen los valores constitucionales que representan. Algunos ejemplos pueden ser:

1. «Legislación básica». El TC no ha incorporado a su jurisprudencia la pretensión alegada en varias ocasiones por la representación del Gobierno en orden a declarar la inconstitucionalidad de una ley autonómica cuando la existencia de una normativa básica del Estado aparece en la CE o en los EEAA como «*condictio iuris*» de la competencia de estas Comunidades.

La representación del Gobierno ha basado constantemente su argumentación en la inexistencia de una normativa estatal formalmente determinada

como básica, y por lo tanto, la ausencia de aquella «condictio». El concepto utilizado de «básico» se pretende derivado del concepto político constitucional de Ley de Bases. El TC, sin embargo, ha negado aquella equiparación y ha entendido que el concepto de legislación básica del artículo 148 y 149 CE tienen un ámbito de significación propia «constitucionalmente relevante» y se caracteriza por consistir en nociones materiales deducidas racionalmente de la legislación vigente (sentencias de 8 de julio de 1982, 4 de noviembre de 1982, entre otras). La capacidad para generar conceptos autónomos está puesta al servicio de la razonabilidad del juicio de constitucionalidad. Lo «razonablemente básico» significa que: 1), el TC no puede utilizar lo que antes llamábamos una deducción estricta del precepto constitucional; 2), que el juicio de legalidad que debe operarse sobre la legislación del Estado deba alcanzar no sólo a la existencia, sino también al contenido de dicha legislación; 3), que esta interpretación material se hace en función de valores constitucionalmente relevantes: cuando una aplicación formal del concepto de «básico» suponga el vaciamiento de la garantía de autonomía territorial, aquella interpretación no debe ser valedera. El concepto está averiguado, por tanto, a partir de puntos de vista de valoración que siempre tienen presente el valor constitucional en juego; 4), la razonabilidad actúa para obtener de esta forma una decisión, no correcta, sino conveniente y aceptable.

El juicio de razonabilidad exige una interpretación material del concepto en términos de razonabilidad («Lo razonablemente deducido»). Al mismo tiempo, esta razonabilidad del contenido de la legislación estatal hace posible que sea razonable el juicio de constitucionalidad realizado por el TC.

Lo básico se convierte aquí en lo razonable dentro del juego de valores que estructuran la organización territorial del Estado.

2. «Contenido esencial». Remito a lo que ya dije en el capítulo segundo acerca de este término jurídico constitucional. El intento de aprehender la idea de contenido esencial a partir de instituciones definidas en disciplinas jurídicas específicas (idea que parecía latir en la sentencia de 4 de febrero de 1983 respecto a lo que el artículo 10 LJT consideraba elementos esenciales del tributo) vimos en aquella ocasión que no era de recibo. Puede decirse, en términos generales, que para la justicia constitucional «esencial» no es este o aquel aspecto del Derecho, sino lo que razonablemente pueda considerarse decisivo en el ámbito de protección del mismo, una vez determinados los valores constitucionales protegibles en juego.

Así formulado el concepto de contenido esencial, se independiza de cualquier formulación teórica del mismo. Ya vimos en la sentencia de 8 de abril de 1981 que el TC hacía uso de las dos aproximaciones que la teoría ha realizado en torno al concepto de contenido esencial, «el contenido esencial del tipo de derecho», y «la garantía esencial del interés protegible». Vimos también que esto tan sólo era un punto de partida para acotar el razonamiento y que en último extremo lo esencial venía a considerarse como lo razona-

ble, bien como el contenido razonable del tipo, bien como mínimo razonable del interés protegido.

Según Stein, en la doctrina alemana se han mantenido dos conceptos de la idea de contenido esencial, el «relativo», según el cual aquel contenido no puede ser determinado para todos los casos de una manera definitiva, sino que estará en función de los intereses en presencia, de forma tal que cuando se enfrente a un interés jurídicamente más protegible puede incluso desaparecer la garantía de la intangibilidad de aquel mínimo; el concepto «absoluto» para el cual el contenido esencial puede determinarse con independencia de los casos concretos, y con una validez uniforme sea cual fuere el interés con el que entra en conflicto. Esta parece ser la posición del Bverfg y la del autor. En mi opinión, mantener una u otra posición está en función de que se pueda dar una definición del término, y esto hemos visto que no se hace; no creo posible que el TC llegue a negar la garantía del derecho fundamental cuando un interés colectivo preponderante se enfrente al derecho fundamental de un particular; no creo que pueda tratarse de una situación jurídica claudicante. Lo importante es que la existencia de la vía de amparo, como veremos en el último capítulo, supone la posibilidad de remitir una solución definitiva en un recurso de inconstitucionalidad al momento en que se vayan presentando los casos particulares. No creo que se trate con ello de la preferencia por un concepto relativo de la idea de contenido esencial, sino un remedio legítimo de la praxis judicial que evita dar una definición genérica inservible remitiendo a una futura concreción. Nuestro TC se ha mostrado reacio a las llamadas «Sentencias interpretativas» y ha evitado, en la medida de lo posible, definiciones genéricas con validez abstracta. No es, por tanto, una preferencia por una u otra teorías, sino un deseo de efectividad y de evitar compromisos inútiles.

Esta doble vía judicial igualmente hace desmerecer mucho una segunda clasificación entre «criterio objetivo de determinación del contenido» y «criterio subjetivo». Para el primero, el contenido esencial no garantiza una situación concreta, sino un género de situaciones; para el segundo, aquel contenido actúa en el ámbito individual como protección concreta de cada uno de los titulares del Derecho. De nuevo creo que la solución es eminentemente procesal. En un recurso de inconstitucionalidad, caracterizado por la inexistencia de un concreto caso justiciable, un criterio subjetivo no tendría sentido, mientras que en un recurso de amparo en ninguna manera podría darse la protección del recurrente si dicho contenido no aparece individualizado.

3. «La garantía de la autonomía». En la sentencia de 28 de julio de 1981 la autonomía vuelve a ser pensada bajo el prisma de una interpretación material obtenida como resultante de un juego de valores constitucionalmente protegibles.

«El orden jurídico-político establecido por la CE asegura la existencia de determinadas instituciones a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador... En éstas (las instituciones que no pertenecen al aparato central del Estado), la configuración institucional concreta se refiere al legislador ordinario al que no se fijan más límites que el de reducto indisponible o núcleo esencial que la CE garantiza».

El argumento empieza estableciendo la evidencia de un valor constitucional. Se nos advierte ya que la CE no contiene más determinación que ésta, pero dicha fijación del valor constitucional puede ser reconocida en un núcleo esencial a partir del cual la referencia al legislador ordinario va a poder ser juzgada en términos de indubitable criterio jurídico y no político. Ya advertíamos en el capítulo segundo que lo razonable es el límite de lo justiciable. Desde lo razonable hasta lo óptimo hay un amplio margen de actuación donde la actividad del Poder Público no es justiciable. En esta sentencia el concepto de contenido esencial, como también advertíamos en aquel capítulo, por su identificación con lo razonable, se traslada desde la zona de los derechos fundamentales a los artículos 137 y siguientes de la CE. La interpretación de lo esencial como razonable permite su generalización al ámbito todo de la CE.

«Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas [= se renuncia a una concepción absoluta de la idea de contenido esencial], sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia socialmente en cada tiempo y lugar».

La garantía institucional se traslada ahora hacia un punto de remisión que no es sino una forma de manifestación del concepto de razonabilidad: la reconocibilidad en cada tiempo y lugar, es decir, la remisión a un conjunto de puntos de valoración que sólo pueden ser pensados en términos de prudencia del juzgador.

«Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre». [= concepción tipológica del contenido esencial].

De nuevo nos encontramos ante la idea de contenido esencial, tal como ha sido elaborado en el párrafo precedente; no es un concepto preciso (por

ejemplo, competencia en tales o cuales materias, garantía de la existencia de tal o cual órgano, etc.), sino la reconocibilidad de los datos constitutivos que en cada momento y lugar puedan considerarse razonablemente como núcleo de la institución. A la enumeración de elementos definitorios se ha superpuesto un cúmulo de valoración diversos. Ahora ya se puede afirmar que:

«Los artículos 137 y 141 CE contienen una inequívoca garantía de la autonomía provincial».

Desde este momento y hasta el final de la sentencia en que se va a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 6/1980, de la Generalidad de Cataluña, sobre la transferencia urgente y plena de las Diputaciones catalanas a la Generalidad, nos encontramos con una puesta en práctica de estos puntos de vista de valoración.

«No puede el legislador eliminarlas por entero (las competencias) y el debilitamiento de su contenido sólo puede hacerse con razón suficiente» [= rechazo del concepto «relativo» de contenido esencial, al negar la posibilidad de concebirlos como situaciones jurídicas claudicantes].

Nuevamente la razonabilidad del juicio exige la razonabilidad del contenido del tipo normativo sobre el que se aplica el juicio.

4. El concepto de «norma». De nuevo el centro de gravedad se sitúa en los conflictos de competencias, concretamente en la normativa constitucional que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia de ejecución de la legislación estatal.

En el caso de la sentencia de 5 de noviembre de 1981, se trata de un conflicto positivo de competencia en que el Gobierno ha dictado un Real Decreto en el que se regulan ciertos aspectos del derecho de huelga en relación con el ámbito territorial de la comunidad catalana. Para el Gobierno, las competencias ejecutivas atribuidas a la CA (149.1, 7.º CE) son las de producción de actos administrativos, mientras que la Generalidad entiende que la ejecución normativa de la legislación laboral le corresponde con paralelas facultades a las que goza el Gobierno. Si «legislación laboral» incluye los reglamentos, la actividad del Gobierno no es contraria a la CE. Si por aquella hay que entender la ley formal, el Decreto del Gobierno es un acto de ejecución que invade las competencias de la CA. Ahora bien, «la cuestión, siendo trascendente, no es de indispensable respuesta para dar solución al conflicto». Efectivamente, el TC ni se va a pronunciar sobre qué significa legislación laboral ni va a aceptar el contenido reglamentario del Real Decreto por el mero hecho de su forma de designación: «su finalidad fue dirigir una orden del Gobernador civil para que ante una situación de conflicto adopte las medidas...». El TC, por tanto, no acepta la calificación de disposiciones normativas que le brinda la LRJAE.

5. En general, puede afirmarse que todos aquellos conceptos e instituciones de alguna trascendencia en el ámbito de lo «constitucionalmente relevante» han sido definidos, para su propio ámbito de competencias, por el TC sin aceptar una remisión en blanco ofrecida por la disciplina jurídica en la que dicho concepto tiene su tratamiento dogmático. La «interpretación material», así concebida, constituye el reverso del «juicio de legalidad», en virtud del cual el TC aceptaba *proprio foro* la calificación obtenida por la interpretación de una ley ordinaria. No puede determinarse a priori en qué materias el TC aceptará la calificación obtenida de una ley ordinaria, y del tratamiento científico de esa ley, ni en qué ocasiones el TC redefinirá los términos para su propio ámbito de competencia. Hay instituciones que pertenecen al campo de lo «constitucionalmente relevante» (huelga, propiedad, norma, etc.), y sobre las que operará en principio esta «definición autónoma». Hay otras que no pertenecen a ese campo (adopción simple, recurso de reposición, etc.) en que la calificación obtenida de la legalidad ordinaria puede jugar con mayor intensidad.

#### 6. EL USO DISCURSIVO DE LA IDEA DE CONTENIDO ESENCIAL

Hemos tenido ya ocasión de ver que la idea de contenido esencial juega un importante papel en el razonamiento de la justicia constitucional. Ahora estudiaremos esta idea bajo el aspecto de su «uso discursivo» por parte del TC, esto es, como un específico «lugar del argumento» de la fundamentación del fallo. Consiste en que cuando el TC tiene una «precomprensión» de la decisión final sobre el supuesto planteado, la idea de contenido esencial puede jugar como un argumento que motive la decisión sin que por lo demás desempeñe una función de influencia decisiva en el fallo. De esta forma, el contenido esencial puede jugar como un «tópico» en sentido estricto. Para que ello sea posible, la idea de contenido esencial no se define. No se dan los elementos integradores de dicho contenido, ni se señala cuál es el ámbito específico de protección que el contenido esencial hace intangible a los actos de los Poderes Públicos. Aparte de la función que ya vimos que tenía como elemento de referencia del factor de razonabilidad, el contenido esencial cumple además una misión discursiva, como un instrumento argumentativo en blanco. En este uso discursivo el contenido esencial puede jugar negativa y positivamente. Negativamente, su función es la siguiente: puesto que el contenido esencial es el límite intangible de un derecho fundamental, no es inconstitucional tal o cual medida de los Poderes Públicos, puesto que la configuración legal de los derechos fundamentales resulta plenamente legítima en la zona de los mismos que no está protegida por dicho contenido esencial. La función positiva aparece formulada de esta forma: puesto que el contenido esencial es la zona donde no puede entrar la configuración legal de un derecho fundamental, tal o cual ley o acto es inconstitucional en la

medida que ha violado dicho contenido esencial. Para que una y otra función tuviesen un contenido realmente distinto, el contenido esencial de un derecho debería estar definido. Como ello no se hace, ambas manifestaciones del principio pueden jugar indistintamente según que en cada caso concreto la «precomprensión» por parte del TC de la decisión «aceptable» en el supuesto concreto sometido a control sea a favor o en contra de la constitucionalidad de la medida.

Una utilización negativa de la idea de contenido esencial resulta explicable desde el punto de vista del juicio de razonabilidad. Puesto que se trata de lograr un amplio margen de asentimiento por parte del TC, y una voluntad de excluir pronunciamientos que supongan un juicio «político» sobre una actividad política, el Tribunal se ve obligado, involuntariamente en ocasiones, a reducir el ámbito de protección de un derecho o el contenido constitucionalmente relevante de una norma a *niveles mínimos* donde la discusión ya no sea posible. Lo «indiscutible» es lo esencial, y esta calificación deviene como resultado de un sentido común que aspira a ser compartido. Lo indiscutible es «lo elemental», aquello sobre lo que, por fin, un amplio auditorio tiene que estar necesariamente de acuerdo. En ocasiones esto resulta peligroso, porque el deseo de «reconocimiento» puede actuar inconscientemente como una integración mínima de la protección constitucional, o, correlativamente, como la admisión de un «máximo» de limitación al derecho:

«Ciertamente, no todo vicio procesal incide en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Pero cuando el vicio consiste en una garantía elemental como es la audiencia de afectado, es preciso reconocer que la resolución judicial ha violado el derecho fundamental alegado» (sentencia de 23 de julio de 1983). Lo importante de una declaración así no es lo que dice sino lo que supone: está suponiendo que lo «no elemental» puede llegar a ser constitucionalmente relevante.

Hemos dicho en otra ocasión que la razonabilidad constituye el límite de lo justiciable. Ello no quiere decir, claro está, que ante una medida que objetivamente aparezca como razonable proceda un *non liquet*, sino que el margen que va desde lo razonable hasta lo óptimo es un margen en el que el TC debe dar siempre una sentencia favorable a la constitucionalidad de la medida que se controla, es decir, que no es lícito realizar una ulterior calificación de dicha medida: si dentro de lo razonable fuese posible un juicio de inconstitucionalidad desfavorable a la medida, lo razonable se identificaría con lo óptimo. Esta identificación entre lo razonable y lo justiciable, por supuesto no ayuda a saber dónde está el límite de lo razonable, cuestión que siempre queda al prudente arbitrio del propio Tribunal. Si debe evitarse una identificación entre el juicio de razonabilidad y el juicio de optimación, debe igualmente evitarse un nivel mínimo para el límite de la razonabilidad. Si

este límite coincide con el de «lo elemental», lo no justiciable, es decir, aquello sobre los que siempre se ha de dar una decisión favorable por parte del TC, puede resultar amplísimo, y por consiguiente pueden quedar legitimadas limitaciones al derecho fundamental que lleguen incluso a desconocer la virtualidad misma de este derecho. Pero ésta es una labor que queda siempre a la prudencia de TC.

También el uso positivo, a nivel discursivo, de la idea de contenido esencial cumple un papel relevante. Cuando al más elemental sentido crítico se ofrece una medida gubernativa o judicial o legal cuyo contenido sea manifiestamente contrario a un principio constitucional, muchas veces la motivación de un juicio desfavorable sólo podría conseguirse por una definición, aquí y ahora, del contenido esencial; como la mayor parte de las veces esta definición no resulta posible, ocurre que «para el caso» se da como «ya definido» lo que constituía cuestión, mediante el ya conocido recurso a lo «evidente» y «lo obvio»: es obvio que esta medida viola el contenido esencial.

J. M. Romero Moreno critica lo que aquí hemos llamado función negativa del contenido esencial. Según él, esta idea viene siendo utilizada por el TC en una jurisprudencia «regresiva» que presupone la exigencia de una mediación legal de los derechos fundamentales para que éstos resulten aplicables, al tiempo que posibilita cualquier tipo de limitación del derecho fundamental hasta el mínimo reconocible. Estoy de acuerdo con él en el sentido de que el contenido esencial debería utilizarse no tanto como posibilidad de dar entrada a soluciones limitadoras del derecho fundamental cuanto a que esa esencialidad se refiriese a la posibilidad de una variada opción del ejercicio de ese derecho. Yo no dudo que el TC haya elegido esta opción. Lo que ocurre es que el autor enjuicia la tarea del Tribunal desde un punto de vista crítico de los postulados y consecuencias político-constitucionales de aquella jurisprudencia mientras que aquí se realiza sólo un análisis del proceso judicial del razonamiento que conduce a la decisión. Desde este punto de vista, el uso «correcto» de la idea de contenido esencial de un derecho fundamental, según el autor, con cuya idea estoy de acuerdo, se corresponde con lo que aquí hemos llamado función positiva de este uso discursivo. Más que nada en este punto conviene advertir los diferentes planteamientos posibles en el análisis de la jurisprudencia del TC. Sin duda resulta posible un análisis crítico de esta jurisprudencia en que se ponga en relación el uso negativo del contenido esencial con el ámbito efectivo de protección que el TC está otorgando a los derechos fundamentales. La conclusión, en este caso, desde un punto de vista de política constitucional, podrá ser favorable o desfavorable al TC. Para ello sería necesario analizar todas y cada una de las sentencias en que se hace uso de esta función negativa, cosa que no corresponde a este trabajo, en que no me planteo un análisis crítico de los resultados.

Lo que ya no comparto es que el TC haya deducido de este uso negativo del contenido esencial la necesidad de una mediación legal que determine el

espectro del derecho fundamental no fijado por la CE. Démonos cuenta que en los casos dictados por el autor (sentencias de 8 de febrero de 1981 y 16 de noviembre de 1981) la regulación legal ya existe, y es precisamente su legitimidad lo que se cuestiona; no es que el TC se pronuncie sobre la necesidad de dicha mediación, sino que la estructura del recurso de inconstitucionalidad está mentada sobre el supuesto de que «aquí y ahora» existe una ley cuya conformidad con la CE se cuestiona. Como ocurría en el capítulo anterior con los conceptos posibles de la idea de contenido esencial, también aquí la cuestión es eminentemente procesal.

Tampoco puedo estar de acuerdo con la idea de que el contenido esencial es incongruente. Ciertamente, la sentencia de 16 de noviembre de 1981 no lo utiliza, y lo sustituye por la idea de «máximo de limitación admisible», pero en el fondo este «máximo de limitación» sólo es la otra cara, en el uso positivo de la idea, del contenido esencial.

Tampoco puede admitirse la crítica de que el TC admite soluciones contrarias a la CE con tal de que no sean contradictorias. Para evitar un juicio de valor poco matizado creo preferible hablar como yo he hecho de un ámbito de razonabilidad donde la medida controlada no es —en el sentido ya dicho— justificable (negativamente justificable), y un campo de irrazonabilidad que coincide con el de inconstitucionalidad. Lo contrario supone clasificar a la jurisprudencia del TC, como hace el autor, en «regresiva» y «progresiva». ¿Desde qué punto de vista se decide la «regresividad» de una decisión? ¿Qué es «regresivo», un máximo de limitación al derecho de propiedad o un máximo de limitación al derecho a la huelga? Para decidir ello es necesario que el que realiza este juicio se sitúe en un *locus standi* que ya no pertenece, claro está, al análisis de la jurisprudencia del TC.

En las alegaciones del Ministerio Fiscal en la sentencia de 19 de julio de 1982, se encuentra un ejemplo del uso negativo de la idea de contenido esencial. Cuando afirma que la discutible razonabilidad de una norma no implica su arbitrariedad, que para ser reconocida como determinante de inconstitucionalidad tiene que incidir en los límites del contenido esencial del derecho fundamental. Esta sentencia es un buen ejemplo de cómo el uso discursivo de la idea de contenido esencial, al tratarse de un «argumento en blanco» sólo es utilizada por el TC como última *ratio* en la motivación. Para declarar la inconstitucionalidad del artículo 137 del Texto Refundido de la LPL no necesita acudir a la función positiva de la idea de contenido esencial. Tiene un argumento más fuerte basado en el control de los requisitos formales de la delegación permitida por el Estatuto de los Trabajadores.

La sentencia de 13 de febrero de 1981 es un buen ejemplo de cómo el TC utiliza alternativamente, en un uso discursivo, la función negativa y la positiva del contenido esencial, en el análisis del artículo 18 LOECE.

«La declaración de inconstitucionalidad del artículo 18 que el recurrente pretende..., se apoya en la limitación que la

existencia de un ideario propio impone a la participación de los padres de alumnos en el control y gestión del centro escolar..., la amplísima libertad que la CE deja en este punto al legislador ordinario, limitada sólo por la necesidad de limitar el contenido esencial del derecho garantizado, haría en sí misma imposible considerar esta regulación legal como no adecuada a la CE.»

Como no se define cuál es el contenido esencial del derecho de los padres a participar en el control del centro docente, la idea de contenido esencial es susceptible de ser utilizada discursivamente, para motivar la convicción del TC —convicción obtenida a través de cualquier otra vía— de que la existencia de un ideario propio del centro no viola el 27.7 CE.

En el fundamento 19 de la misma sentencia vuelve a enfocarse la relación del artículo 18 LOECE con el 27.7 CE.

«El artículo 18.1 no se limita a señalar que la intervención formulada en el 27.7 CE se ha de realizar en los órganos de gobierno colegiados del centro, sino que añade innecesariamente una exigencia más...: la necesidad de que en cada centro haya una asociación de padres de alumnos..., es cierto, además, que el derecho de participación reconocido en el 27.7 CE está formulado sin restricciones, y que la remisión a la Ley... no puede, en modo alguno, entenderse como una autorización para que ésta pueda restringirlo o limitarlo innecesariamente.»

De nuevo no se nos dice cuál es el contenido esencial del artículo 27.7 CE, y esta idea aparece otra vez como susceptible de jugar, en un uso discursivo, en su función positiva como «argumento» de una decisión (cuyo acierto aquí no se discute) que sin duda no ha sido obtenida gracias a la idea del contenido esencial. Este deseo, que me parece razonable, de no definir el término que se utiliza, es la causa de la reticencia que el TC muestra hacia el uso de una sentencia interpretativa.

Nuevamente el contenido esencial será utilizado en ambas funciones en el supuesto planteado en la sentencia de 31 de marzo de 1982.

«La televisión privada no está necesariamente impuesta por el artículo 20 CE..., su implantación no es una exigencia jurídica constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse dentro del marco de la CE por la vía de Ley Orgánica..., y siempre que..., se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo.»

Esta sentencia es interesante por dos datos: En primer lugar, la acertada consideración de que una medida política (implantación de televisión priva-

da) que se mueva en el margen que va desde lo razonable a lo óptimo no es enjuiciable en el sentido de que un acto de los poderes públicos que decida aquella implantación siempre merecerá (con los límites que en la propia sentencia se contienen) un juicio favorable por parte del TC y una omisión de los poderes públicos, consistente en no implantar dicha televisión, igualmente merecerá un pronunciamiento favorable al moverse dentro de los límites de lo razonable. El segundo dato es el uso negativo de la idea de contenido esencial, que en esta sentencia no se regula para el caso presente (la implantación de televisión privada), sino para los principios de libertad, igualdad y pluralismo respecto de los cuales se predica la limitación que puede suponer en el futuro la implantación de dicha televisión privada. El voto particular de esta sentencia representa la otra cara de la cuestión:

«Lo que no puede hacer el legislador es negar los derechos, porque no depende de él su existencia, o, lo que equivale a lo mismo, ignorarlos... y anular en consecuencia su contenido esencial.»

En este caso, la idea de contenido esencial, en su uso positivo, es utilizada de nuevo como un *topós* de la precomprensión particular del magistrado.

La idea de contenido esencial, tal como ha aparecido en los capítulos II, V y este presente, dentro de la estructura del juicio de razonabilidad ha surgido, así, dos generalizaciones que van más allá de lo que probablemente el constituyente pensó al redactar el artículo 53 CE:

1) Se ha extendido más allá de la regulación constitucional de los derechos fundamentales para abarcar todo problema posible que pueda resultar «constitucionalmente relevante» (por ejemplo, autonomía territorial). Concebida la CE como una «norma de protección», el contenido esencial será el núcleo último donde esa protección es indeclinable en un eventual conflicto de valores. Contenido esencial se ha transformado así en el «contenido razonable» de todos los valores constitucionales.

2) El contenido esencial ha abandonado igualmente el límite para el que estaba pensado, que era la libertad de configuración de un derecho fundamental por una Ley de carácter formal. Actualmente, «contenido esencial» es un criterio de medición de la razonabilidad de cualquier medida, legal o no legal, limitadora de un derecho. (Así aparece utilizado el contenido esencial en las sentencias de 21 y 26 de julio de 1983 para recursos de amparo contra resoluciones judiciales.)

## 7. EL PODER DE CONCENTRACIÓN DE LOS ARTÍCULOS QUE LEGITIMAN EL AMPARO

Existen pretensiones deducidas en amparo que solamente pueden encontrar una cobertura directa en preceptos constitucionales que no son los comprendidos en los artículos 14 a 30 CE, pero que pueden llegar a conver-

tirse en cobertura constitucional de aquella pretensión, mediante una «modalización» de su interpretación. Consecuentemente, ciertos artículos del capítulo II, sección I del título I van a extender su protección más allá de sus términos literales.

Son los artículos 14 y 24 de la CE.

El contexto en que se sitúa este fenómeno es la idea de que nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos fundamentales podrá considerarse ajeno al TC (sentencia de 14 de febrero de 1983). La doctrina alemana elaboró hace tiempo la categoría de «principios constitucionales más fuertes», y la idea de una jerarquía de valores dentro del propio marco de la Norma Fundamental. Los derechos fundamentales constituyen los valores constitucionales primarios.

Se produce un doble proceso: 1) «Concentración» de las pretensiones en el ámbito de protección del recurso de amparo, y 2) «expansión» de los artículos 14 y 24 para actuar de cobertura a dichas pretensiones. La expansión de estos dos artículos se opera, asimismo, respecto a determinados derechos que, si bien tienen reconocida la vía del amparo, resultan sobremañera dificultosos para extraer de ellos una deducción aplicativa de su contenido. Es un fenómeno que ya hemos visto, y se trata de que los artículos que regulan un determinado derecho fundamental (libertad sindical del 28 CE, por ejemplo), manifiestan una compleja capacidad para que el TC pueda encontrar en ellos el «contenido normativo» que resuelva la pretensión. Inversamente, hay otros que por su estructura interna o por su mayor elaboración, o por el valor que protegen, hacen posible que su aplicación sea más convincente. La cuestión se centra de nuevo en un problema de motivación de la sentencia y de su capacidad para generar convencimiento.

Igualmente late el problema de la optimización, puesto que la aplicación de ciertos preceptos constitucionales de contenido no fácilmente constatable, puede esconder un *dictum* de valor por parte del TC.

Estadísticamente, la mayoría de los recursos de amparo se formulan por presuntas violaciones de los artículos 14 y 24. Una razón de ello puede estar, como advierte la doctrina, en que en estos casos el amparo denuncia impedimentos a la posibilidad de ostentar el estatuto legal de ejercitador del derecho más que la limitación fáctica de su ejercicio por razón de una injusta actividad de terceros. A nivel argumental la expansión del artículo 14 se produce:

a) Porque todo derecho fundamental es susceptible de ser expresado en términos del principio de igualdad.

b) Porque el examen sobre la razonable o irrazonable situación de desigualdad posee —si se quiere, incluso, a un nivel «patológico»— una fuerza mayor para generar convencimiento que cualquier otra argumentación extraída de otro derecho fundamental.

c) Porque en un recurso de amparo en que se utiliza el artículo 14 como principio de decisión, la inclusión del supuesto de hecho dentro de ese artículo resulta más fácilmente constatable que la que permitiría cualquier otro precepto fundamental.

El artículo 28 CE consagra la libertad sindical negativa (derecho a no afiliarse a ningún sindicato). Pero no es posible obtener de este artículo ningún criterio definitivo para decidir si la atribución por el legislador de derechos distintos a los sindicatos es o no inconstitucional. La solución consiste, pues, en trasladar la cuestión al artículo 14 y examinar si se trata o no de una desigualdad no justificada (sentencia de 22 de noviembre de 1982).

El artículo 28 CE no ofrece criterio de decisión para saber si el hecho de que la central sindical ING no haya recibido el carácter de organización representativa ante la OIT viola o no dicho artículo. Es una deducción imposible, pero es posible una decisión convincente en el ámbito del artículo 14: «El criterio de la representatividad es de libre decisión gubernamental, pero no cualquiera es lícito, porque está en juego el principio de igualdad» (sentencia de 10 de noviembre de 1982).

Igualmente, la sentencia de 31 de marzo de 1982 respecto al artículo 20 CE y la televisión privada; también, sentencia de 16 de noviembre de 1981, en que la libertad de empresa se reconduce a la exigencia de una situación jurídica igual de todos los empresarios del país; la de 25 de febrero de 1983, etcétera.

«Científicamente» constituye una «lástima» que el derecho de propiedad no esté incluido en el ámbito del amparo. Hasta donde yo sé, el TC aún no se ha pronunciado, si no es bajo aspectos circunstanciales, y en relación con otros derechos fundamentales, sobre esta cuestión. Recordemos que el problema del «contenido del derecho de propiedad» es una polémica tradicional, y recordemos igualmente que según la jurisprudencia del BVerfG el derecho constitucional de propiedad es la garantía a no sufrir o soportar un sacrificio patrimonial no especialmente justificado en relación con el resto de los propietarios, que, en el ámbito expropiatorio, se conoce como *Sonderopfertheorie*, y que considera «intrusión expropiatoria» y, por tanto, indemnizable toda inmisión de los Poderes Públicos en los derechos patrimoniales del sujeto caracterizada no por los datos objetivos de esta inmisión, sino por la posición de desigualdad en que se sitúa al particular respecto de los demás propietarios.

d) En sede de justicia constitucional, el contenido de determinados derechos (propiedad, expresión, sindicación, etc.) resulta indiscernible a menos que el juez constitucional integre su juicio de constitucionalidad con los elementos, conceptos e instituciones de la concreta disciplina jurídica especializada en que dichos derechos tengan su tratamiento dogmático. El TC puede independizarse de ese tratamiento mediante la aplicación de un «canon» cuyo significado sí está enteramente calificado por la teoría jurídica constitucional

e independiente de las concretas disciplinas jurídicas especializadas. Este es el caso del principio de igualdad. Puede afirmarse que aquella capacidad que mencionábamos de la CE de generar conceptos propios tiene su manifestación preeminente en la «remodelación» de los institutos jurídicos desde el parámetro del principio de igualdad, sin necesidad de aventurarse en definiciones de contenido que no pueden ser siempre adecuadas y nunca definitivas.

e) El principio de igualdad es un criterio de decisión de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

¿Puede una Ley del Parlamento Vasco regular ciertas especialidades del transporte por carretera? El problema —advierte la sentencia de 16 de noviembre de 1981— no puede ser planteado en torno al contenido esencial de la libertad de empresa del artículo 38 CE, sino que hay que dilucidar si se viola o no el principio de igualdad, pues corresponde al Estado, según el 149.1.1.º CE la competencia para regular las condiciones que aseguren la igualdad de todos los españoles.

El Estatuto de Cataluña atribuye a dicha Comunidad la competencia exclusiva sobre las bibliotecas (art. 9.6), pero el 149.1.30º CE reserva al Estado la competencia para regular las condiciones de obtención, expendición y homologación de títulos académicos y profesionales. Una Ley de Cataluña establece que el personal técnico bibliotecario deberá contar con la formación y titulación de la *Escola de Bibliología de Barcelona*. El argumento más fuerte para que el TC declare la inconstitucionalidad de este precepto autonómico no es el citado apartado del artículo 149.1 CE, ya que «el precepto impugnado no produce sólo una infracción del artículo 149.1.30º CE. Y ello porque..., está infringiendo el principio de igualdad que consagra el artículo 14» (sentencia de 22 de diciembre de 1981). El artículo 14 es utilizado en la forma de expansión que veíamos en los apartados a), b) y c). Pero también utiliza esta sentencia en la función que desempeña como criterio de solución de un conflicto de competencia. «Debe además señalarse que, de acuerdo con el 53.1, en conexión con el 149.1.1º, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos fundamentales está reservada, en todo caso, a una Ley general del Estado.»

Respecto al artículo 24, mucho habría que decir. Sería necesario un estudio especializado para sistematizar la riquísima teoría que el TC ha elaborado en torno a las posibilidades operativas del derecho a la tutela jurisdiccional. Aquí sólo nos interesa la extensión de su ámbito de aplicación por la praxis del TC.

Sabemos ya que a nivel de principios el TC no puede entrar a conocer los hechos que dieron lugar a la sentencia, pero sí conocerá del *iter* procesal llevado a cabo a fin de comprobar si se han respetado las garantías elementales para que no se produzca indefensión. Tampoco puede pretenderse del TC un pronunciamiento sobre el fondo, sino tan sólo el derecho a que el

Tribunal ordinario competente decida sobre ese fondo, admitiendo o rechazando la pretensión concreta o bien negándose a conocer de ella cuando falte un presupuesto procedimental de necesaria exigencia siempre que dicho requisito no sea arbitrario o carente de justificación (sentencias de 18 de mayo de 1981, 8 de junio de 1981, etc.).

En este orden de cuestiones, la aplicación del artículo 24 puede resumirse como sigue: *a)* Pretensión constitucional sobre el fondo del asunto de la sentencia recurrida y sentencia del TC que otorga sólo un derecho al procedimiento (sentencia de 30 de marzo de 1981). *b)* Pretensión que no sea la del artículo 24 y sentencia constitucional que decida de aquella pretensión por el 24 CE sin entrar en los hechos (sentencia de 30 de enero de 1981). *c)* Pretensión de un derecho distinto del protegido por el artículo 24, aunque igualmente bajo la cobertura de algún artículo que posibilite el amparo, y sentencia constitucional que otorgue un derecho al procedimiento judicial con garantías. *d)* Pretensión constitucional sobre un derecho no amparado y admisión por parte del TC bajo la forma de un derecho a un procedimiento judicial con garantías. El artículo 24 se manifiesta de esta forma:

1. Permitiendo el amparo a un derecho no reconocido como susceptible de tal recurso, mediante su transformación en un derecho al procedimiento con garantías:

El recurrente no puede pretender en amparo que el TC le otorgue la propiedad de la plaza obtenida en una oposición de la RENFE. Pero sí puede entrar a conocer de si la actividad de los tribunales le ha producido indefensión al negarse éstos a entrar en el fondo del asunto (sentencia de 8 de junio de 1981, recurso de amparo 89/1980).

También sería el caso de una pretendida violación del derecho de propiedad privada por una indemnización no equivalente al perjuicio sufrido, y un conocimiento por parte del TC de si en el procedimiento expropiatorio se han guardado las garantías debidas.

2. El TC puede reconducir al artículo 24 la consideración del amparo cuando la deducción sobre el fondo de otro derecho fundamental no resulta posible:

El TC no puede entrar a conocer los hechos que dieron lugar a la demanda y, por tanto, no puede pronunciarse respecto a la cuestión de si estos hechos imputados al sujeto recurrente están o no tipificados en el CP. Pero puede entrar a conocer si el juez ha realizado una actividad probatoria mínima para que se respete el derecho a una tutela efectiva por jueces y tribunales (sentencia de 30 de enero de 1981).

3. El artículo 24 puede extenderse analógicamente a todo procedimiento de carácter no judicial de contenido sancionador (por ejemplo, procedimiento administrativo sancionador) (sentencia de 8 de junio de 1981, recurso de amparo 101/1980, y sentencia de 26 de diciembre de 1983).

4. El artículo 24 permite el amparo para situaciones y supuestos no susceptibles de tal protección, en virtud de un mecanismo de «inclusión» de otros preceptos constitucionales en el tipo del artículo 24.

¿Puede otorgarse el amparo a una pretensión que utiliza como cobertura constitucional el artículo 117.3.º CE? Según éste, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por la Ley. Este artículo, claro está, no se encuentra en la sección I, capítulo II, título I, pero sí lo está el artículo 24, al que se reconduce. La inclusión del 117.3 en este último sirve para completar y dar una determinación más precisa al derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales. El artículo 24 CE ni dice ni permite deducir claramente que las sentencias de tribunales canónicos no produzcan efectos civiles en procesos de separación matrimonial, pero sí es posible esta deducción a partir del artículo 117.3 (sentencia de 26 de enero de 1981). Aparecen así como procesos equivalentes la extensión de efectos del artículo 24 y una más completa determinación de su contenido por otros preceptos constitucionales. De forma tal que la decisión del TC sea menos «arriesgada».

Los artículos 14 y 24 CE constituyen un parámetro que sirve para dilucidar la razonabilidad de una medida legal o jurisprudencial de la cual se cuestiona su conformidad con la CE. La inclusión de los supuestos de hecho en el campo de extensión de estos artículos favorecen la razonabilidad del juicio del TC, ya que a partir de ellos resulta menos arriesgada una decisión del propio tribunal, y porque la consideración conjunta del precepto constitucional que originariamente debería cubrir la pretensión ante el TC, y los artículos 14 y 24, respectivamente, hacen posible dar un mayor contenido normativo a los criterios de decisión.

## 8. LA JUSTICIA COMO VALOR

Los artículos 1 y 9 CE consagran a la Justicia como un principio constitucional determinante de la actuación futura del legislador y como un valor político constitucional sobre el que se pretende que se asiente la estructura del Estado. En el contexto de la justicia constitucional, estos valores, que aparecen como declaraciones políticas fundamentales, se sitúan en la doble zona de su validez normativa directa como «norma adecuada al caso» y como criterio vinculante de la argumentación jurídica.

En el primer aspecto, la CE hace lo que no estimó oportuno el legislador en la reforma del título preliminar del CC. Elevar el valor de justicia a

principio determinante de la decisión jurisprudencial. En el CC, la equidad es únicamente un elemento de integración secundario que actuará *ad casum* por remisiones concretas del legislador, sin perjuicio de afirmarse su valor primordial como criterio de orientación de la práctica judicial (art. 3.2.º CC).

Esser nos decía que la característica definitoria de la cuestión referente a los «principios» en la época de la codificación consistía en la relegación de los elementos extrasistemáticos y extrapositivos al campo de la interpretación jurídica, habiendo sido previamente desplazados de su función como fuente productora del Derecho. En el contexto constitucional, el planteamiento aparece en términos originales, ya que la afirmación del valor normativo directo de la CE sin discriminación entre preceptos de aplicación necesaria y normas programáticas nos sitúa ante la necesidad de la exégesis de los artículos 1 y 9.3.

El artículo 1.º tiene todos los caracteres, ya lo advertía Basile, de un acto fundacional: «La nación española se eleva, por su propia decisión, a la condición de Estado. Más que un precepto, semeja la declaración de una conquista histórica ya realizada. España se constituye.» Al rasgo fundacional se añade una previsión de futuro: «España propugna como valores superiores», que de nuevo nos remite a un análisis prospectivo en la historia, un ideal fijado como meta o, en el sentido schmittiano, una constitución de «carácter absoluto». Sin duda, una autojustificación. El artículo 9.2 se presenta como un mandato directo al Poder Público: su obligación de promoción de las condiciones que hagan posibles la igualdad y la libertad real. Respecto al artículo 1.º, supone una concreción de su manifestación voluntarista: concreción de quién debe realizar ese proyecto de Estado y concreción de qué debe entenderse por justicia e igualdad. La justicia como tal ya no vuelve a aparecer en el artículo 9.º. Se identifica con la igualdad real entre los ciudadanos. En el ámbito de la justicia constitucional, sin embargo, los valores pueden vivir diferenciados. La justicia aparecerá como valor en las decisiones del TC en las que la cuestión constitucional se trata de un caso particular e individualizado; su lugar es el recurso de amparo. La igualdad se diversifica: de un lado, su desplazamiento del artículo 9 al artículo 14 como derecho fundamental. De otro, el artículo 14 tiene sus limitaciones; la igualdad que sanciona es igualdad ante la Ley, una igualdad de *status* jurídico. Las condiciones de hecho que supongan o hagan posible una igualdad real no están protegidas por este derecho.

«La igualdad es igualdad ante la Ley, no comportando una igualdad real» (sentencia de 14 de julio de 1982). Una pretensión de equidad dirigida a la moderación de las consecuencias de una Ley formalmente no discriminatoria no es atendible (sentencia de 15 de julio de 1982). El factor razonabilidad, en sede del artículo 14, no es referido a un examen crítico de las condiciones reales en que la igualdad puede

desenvolverse, no es una razonabilidad o una justificación de la realidad social, sino de un *status* jurídico diferenciado ante la Ley, cuya diferenciación no sea arbitraria.

La cuestión se sitúa, pues, de un lado, en la eventualidad de una justicia del caso, y de otro, en la posibilidad de tener en cuenta las condiciones reales en que el principio de igualdad se desenvuelve.

La práctica de la justicia constitucional nos ha revelado que el TC hace un uso muy moderado de esas posibilidades. Un examen de la justicia del caso, preferentemente en el recurso de amparo, supondría barrer con los principios que delimitan la competencia jurisdiccional del TC. La imposibilidad de declarar *erga omnes* la disconformidad de una norma con el valor genérico de justicia de igualdad real, la prohibición de realizar cualquier pronunciamiento sobre la decisión judicial en los recursos de amparo y el límite del conocimiento de los hechos conducen, como ya hemos visto, a que el recurso de amparo se configure con un cierto carácter abstracto por la LOTC.

Si en el recurso de inconstitucionalidad un control sobre los fines de la medida enjuiciada supondría un juicio de optimización, en el recurso de amparo, aparte de que también tendría cabida la posibilidad de este juicio de optimización, como habíamos visto, el recurso al «valor justicia» supondría un juicio de equidad. Si el juicio de razonabilidad no puede aparecer como un pronunciamiento de optimización de la decisión, tampoco puede aparecer como un juicio de equidad. El TC lo ha expresado bajo la idea según la cual el fondo de un asunto, o el fondo del ejercicio de un derecho, o la consecuencia implícita de una norma, no es una pretensión constitucionalmente tutelable (recordemos que también son posibles recursos de amparo contra disposiciones normativas con rango inferior a Ley, y, por supuesto, recursos de amparo contra una aplicación «adecuada» de una Ley inconstitucional).

La justicia constitucional asegura a los ciudadanos el derecho a un procedimiento, apto en principio, para obtener un pronunciamiento estimatorio o desestimatorio de su pretensión de fondo, pero sin que el TC controle el grado de acierto o desacierto de ese pronunciamiento. Asegura igualmente a los ciudadanos que su *status* jurídico-formal no resultará arbitrariamente desigual respecto del resto del colectivo nacional pero no examinará la relación dialéctica entre el *status* jurídico y la situación real de su desenvolvimiento.

Parecidas consideraciones se pueden hacer respecto a la igualdad real del artículo 9 CE. La estructura misma del recurso constitucional, ya se trate de un recurso abstracto de inconstitucionalidad, o de un recurso de amparo, exige que este recurso sea una confrontación de actos jurídicos, pero nunca una confrontación entre dichos actos y la CE sirviendo como intermediario el examen de la realidad social concreta. En la medida en que este examen supondría un análisis prospectivo hacia el futuro o un control de la motiva-

ción del autor de la medida combatida, o, en fin, una toma de posición sobre lo que el TC consideraría deseable, aquella realidad no es justiciable en el ámbito de la justicia constitucional.

(Remito a las consideraciones que se hicieron en el capítulo II.)

Como he dicho anteriormente, el TC ha hecho un uso moderado del ejercicio de sus competencias. Jurídicamente, el centro del debate se ha situado, por lo general, ante el artículo 14, cerrando el paso al conocimiento por el TC de las condiciones reales en las que se desenvuelve el derecho a la igualdad, y sin que se haya acudido a un valor abstracto de justicia como fundamento de decisión. Sin embargo, circunstancialmente, el TC ha extendido su examen a estos extremos:

1. El TC ha condicionado en ocasiones su decisión al desenvolvimiento que en la práctica real tenga el derecho en cuestión. El conocimiento de esta práctica se ha convertido de esta forma en una *condictio* del contenido del fallo.

En la sentencia de 6 de junio de 1983 el recurrente pretendía que el TC declarase su derecho al ejercicio de acciones penales para protegerse contra unas acusaciones que calificaba de falsas. El artículo 325 CP establece como requisito de procedibilidad contra el acusador la existencia de sentencia firme o auto de sobreseimiento también firme. El TC estima que igualmente el auto de sobreseimiento provisional es requisito de procedibilidad bastante para ejercitar la pretensión. ¿Por qué concede esto el TC? Sencillamente, porque la práctica de los tribunales penales en contra del texto literal de la LECRIM, viene vaciando de contenido al sobreseimiento libre, haciéndolo equivalente a la indudable inexistencia del delito, en contra del 637 de la citada ley, según el cual el sobreseimiento libre se dará si no hay indicios razonables de haberse perpetrado el hecho. Ciertamente, estas son cuestiones de legalidad ordinaria, y el TC centra su examen en el artículo 24 CE; pero para que haya estimado la necesidad de reinterpretar el artículo 325 del CP ha tenido que ser consciente de esta inadecuada práctica jurisprudencial que concede únicamente el sobreseimiento provisional en circunstancias en que la aplicación estricta de la LECRIM exigiría el sobreseimiento libre.

El TC ha extendido en ocasiones su examen, y ha condicionado su sentencia a la consideración de una igualdad no sólo formal.

«Y no ya la igualdad referida a la discriminación del artículo 14, sino a las exigencias que el artículo 9.2 conlleva a fin de promover la igualdad... que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la mera igualdad ante la ley» (sentencia de 20 de julio de 1981). El problema tiene su asiento en el principio de progresividad tributaria, porque en estos casos el principio de igualdad está unido íntimamente al concepto de capacidad económica. «una cierta desigualdad cualitativa es necesaria para entender cumplido este principio». La localización de esta doctrina en el ámbito tributario relativiza de alguna manera el intento de que ésta pudiera comprenderse como un criterio definitivo del TC. Hay que observar que esta desigual-

dad cualitativa exigida no se centra tanto en una aplicación del artículo 9.2 cuanto a la deducción del contenido inherente del tipo constitucional del artículo 31. Puesto que, como hemos dicho en otra ocasión, ninguno de los elementos del tipo constitucional puede permanecer ajeno al control del TC, ni tan siquiera aquellos cuyo contenido depende de una decisión política, o que exigen un análisis de la estructura social sobre la que se levanta el Ordenamiento Jurídico, esta doctrina es lógica en el ámbito del artículo 31.

De lo que se trata de saber, y la jurisprudencia del TC no ofrece materiales para ello, es si la interpretación conjunta de los artículos 9, 2 y 14 puede ser un criterio de decisión en el futuro para la justicia constitucional. Ello supondría acabar con la consideración abstracta de los recursos procesales de la LOTC.

3. El TC ha utilizado el principio de justicia como factor de interpretación, y principio vinculante en la solución de las antinomias constitucionales. La justicia, así entendida, y tal como aparece en el artículo 1 CE se configura como uno de los «valores constitucionales» más fuertes.

Este uso del valor constitucional del artículo 1 permanece en el campo de los elementos de interpretación e integración del ordenamiento constitucional, no siendo utilizado, por lo general, como una fuente normativa susceptible de dar una solución autónoma. La sentencia de 20 de octubre de 1982 es un buen ejemplo de ello. El artículo 64 LJCA permite que el emplazamiento de los interesados en el proceso se haga a través de la publicación de la citación en el «BOE». En el presente caso, se trata de un proceso iniciado antes de la entrada en vigor de la CE. «Dos principios contrapuestos se oponen, el de seguridad del artículo 9.3, que lleva a maximalizar los efectos de la cosa juzgada y mantener la ejecutoriedad de las sentencias firmes, y el principio de justicia del artículo 1 CE... que lleva a extremar la preocupación por la justicia del caso... una solución inspirada en el primer principio llevaría a desestimar puramente el amparo, en tanto que la segunda llevaría a estimarlo». El Tribunal elige la segunda vía. La introducción del valor justicia va a hacer posible, en el caso concreto, una identificación del juicio de razonabilidad y del juicio de equidad. El problema, claro está, vuelve a plantearse como cuestión de los límites de la competencia del propio TC. Como en otras ocasiones, el conflicto nace por la afirmación, de un lado, del valor imperativo directo de todos los preceptos constitucionales, y de otro, por la existencia de unos límites en la competencia del Tribunal en los supuestos de constitucionalidad que resuelve. Esta es la causa por la que, en algunas ocasiones, la justicia del caso sólo permite al TC una «admonición» del Poder Público correspondiente (sentencia de 30 de marzo de 1981 *in fine*).

4. La sentencia estimatoria del amparo puede adoptar las medidas apropiadas para restablecer y, en su caso, conservar la integridad del derecho o libertad del recurrente [artículo 55.1 c) LOTC]. La «adopción de las medidas apropiadas» puede exigir por parte del TC una toma de posición,

bajo criterios de oportunidad, entre varias alternativas posibles e igualmente válidas. En este caso, es evidente que una consideración de la justicia del caso o la precomprensión de la optimización de una medida pueden jugar en el contenido del fallo.

«¿Cuál es el mecanismo para restablecer la igualdad? O desposeer a las mujeres en sus privilegios o extenderlos al personal masculino sanitario. Dado el carácter social y democrático del Estado debe entenderse que no puede privarse al trabajador sin razón suficiente de las conquistas sociales conseguidas, por lo que...» (sentencia de 21 de diciembre de 1982). En este caso, el juicio de valor resulta evidente; ¿puede sostenerse esta deducción a partir de los artículos 9.2 y 35 o bien es un examen y una decisión acerca del «valor óptimo»? Porque de nuevo nos encontramos ante el problema de siempre; la competencia del TC, y la toma de posición respecto a la optimización de la medida. Lo cierto es que ya no puede hablarse de mera competencia de «rechazo» (*Verwerfung*). El propio TC es consciente de que esta decisión acerca de lo óptimo exige una medida del legislador. En esta sentencia reconoce, con una evidente voluntad de autolimitación, que el valor por él declarado sólo tiene una vigencia interina hasta que el legislador ofrezca una solución definitiva.

La justicia constitucional se caracteriza así por lo que Esser llamaba «una inserción controlada» (*Kontrollier Einschleusung*) de decisiones de valor, que se opone tanto a un pensamiento sistemático que rechace la entrada de la representación de valores en el juicio (lo que llamábamos «deducción estricta», o bien la renuncia a controlar esos valores desplazando la validez de preceptos constitucionales «comprometidos» a la categoría de «compromisos dilatorios», concretizados únicamente por la correspondiente mediación legal), como de un libre juego de dicha representación que impediría un pensamiento constructivo (todas las formas posibles de control de la optimización). Puesto que la intensidad de esta inserción de valores no resulta nunca teóricamente determinable ni controlable, es la propia *policy of courts* la que debe garantizar la razonabilidad.

## 9. LA BUSQUEDA DE LA SOLUCIÓN MENOS INCIDENTE

El juicio de razonabilidad como instrumento discursivo que descansa en la concurrencia de puntos de valoración diversos y de elementos de autocontrol de la propia competencia, también diversos, es un juicio «inseguro». Inseguro por los escasos puntos de apoyo que se ofrecen a la justicia constitucional para fundamentar un fallo de una manera «justiciable», e inseguro porque el propio Tribunal, por la lógica interna de aquella justicia, ha renunciado a mantener que sólo una posible medida dentro del campo de las alternativas resulte constitucionalmente valedera. Hemos visto que la identificación entre constitucionalidad y razonabilidad hace posible que va-

rias alternativas contrarias puedan ser atendibles. La inseguridad de este juicio se acrecienta porque las consecuencias del fallo del TC inciden de una forma más pronunciada sobre el Ordenamiento Jurídico que la de cualquier juez ordinario.

El valor *erga omnes* de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley supone insertar en una forma de pronunciamiento judicial un contenido de «legislación negativa» de carácter general y vinculante. El hecho de que la interpretación que el TC realiza de la CE vincula el quehacer de los tribunales ordinarios (art. 40, 2.º LOTC) la circunstancia, en fin, de que todo pronunciamiento de la justicia constitucional incide sobre un valor político cuya fuente de producción no es el propio TC, supone que de una manera u otra el contenido de la decisión del TC resulta «arriesgado».

En la teoría jurídico-constitucional, el problema que ahora nos ocupa se ha enfocado preferentemente desde la doctrina de «la interpretación de acuerdo con la CE» de las disposiciones impugnadas, en lugar de la declaración pura y simple de su inconstitucionalidad, con el fin de salvar vacíos normativos. Se trata, así, de encontrar la solución menos incidente en el *status* existente aquí y ahora del Ordenamiento Jurídico. Únicamente se dirá, cuándo ninguno de los medios de interpretación puestos a disposición del Tribunal puede salvar la conformidad del texto con la Ley Fundamental, es decir, cuándo entre todas las interpretaciones posibles de la medida impugnada ninguna respeta los valores fundamentales, procederá declarar su nulidad. Sin embargo, como veremos a continuación, ésta es sólo una de las fórmulas del más genérico principio de la búsqueda de «la solución menos incidente».

Este principio actúa: 1) Salvando el vacío normativo que supondría la expulsión pura y simplemente de la disposición impugnada del Ordenamiento Jurídico. 2) Por lo mismo, al realizar una reinterpretación de la norma impugnada posibilita que la decisión obtenida por el TC a partir de criterios «estrictamente constitucionales», fuese «susceptible» de ser obtenida (o de haber sido obtenida) desde otra posición que no sea la estrictamente constitucional, es decir, que el contenido del fallo no es sólo el constitucionalmente correcto sino, además, el que, con una interpretación «adecuada» y «razonable» de la legalidad ordinaria, pudiera haber sido alcanzado por un juez o un tribunal ordinarios. Es el fenómeno que en otra ocasión hemos denominado «ruptura de la cadena de motivación» de las sentencias de la justicia constitucional. Mientras que el sistema jurisdiccional jerarquizado del Poder Judicial permite una integración sucesiva de las motivaciones de los tribunales inferiores en la decisión del tribunal superior (así, la reproducción en el recurso de casación de los considerandos de la sentencia apelada o del razonamiento aplicativo de cualquier juez inferior) en la justicia constitucional una escrupulosa división de competencias en el conocimiento del supuesto justiciable hace que el TC no pueda contar con más razonamiento y motivación que los suyos propios. 3) Evitar la decisión más comprometida,

que supone elegir efectos particulares en lugar de generales, extensibles *erga omnes*.

Los medios que el TC emplea para hacer posible esa idea son muy variados. Podemos extraer los siguientes:

1. La ya estudiada reinterpretación de la norma legal.

Por ejemplo, entre muchas, la sentencia de 29 de noviembre de 1982. Hace posible que un juez ordinario obtuviese una conclusión sobre el supuesto justiciable idéntica a la que el TC obtiene u obtendría aplicando únicamente normas constitucionales. Además, como es obvio, evita el vacío normativo.

2. La elección del método de razonamiento menos conflictivo. Siempre que una interpretación de la CE sea la «correcta», y esa interpretación incida de una forma u otra en la existencia y validez de normas o actos de carácter jurídico, resulta preferible, para fundamentar jurídicamente esta decisión, elegir el método menos conflictivo que se ofrezca a la disponibilidad del TC.

El TC puede declarar que la CE es retroactiva en tema de derechos fundamentales —y en ocasiones lo ha hecho, no siempre con demasiada fortuna—, en cuyo caso se aplicaría a hechos nacidos con anterioridad a ella y amparados en situaciones jurídicas que eran válidas en el momento en que nacieron. Pero es posible igualmente, para conseguir el mismo resultado, y extender las garantías del artículo 24 a procesos nacidos con anterioridad a la vigencia de ésta, acudir al expediente de declarar que el artículo 24 es «a estos efectos una norma de carácter procesal» y, por lo tanto, su aplicación nunca es retroactiva, «dado el tratamiento de las normas procesales, a la hora de resolver su eficacia en el tiempo».

Como advierte el propio Tribunal, ello evita «tener que acudir a la enérgica doctrina de la eficacia retroactiva de la CE (sentencia de 20 de octubre de 1982). A este capítulo pertenece toda la utilización de las «ficciones jurídicas» por parte del TC. Un estudio más detallado de estas «ficciones» no puede realizarse en este lugar.

3. El contenido del pronunciamiento del TC, y de la medida que suponga, debe ser el estrictamente preciso para conseguir la protección del principio constitucional violado. Se trata de elegir un «efecto limitado» en el restablecimiento del precepto constitucional infringido.

La misma sentencia de 20 de octubre de 1982. El TC accede al amparo, pero no a la declaración indirecta de inconstitucionalidad del artículo 64 LJCA. El TC realiza una reinterpretación muy forzada de este artículo para evitar su nulidad, interpretación según la cual dicho artículo no veda el

emplazamiento directo. La solución por la que opta el TC es buena; evita innecesariamente una decisión de oportunidad, pues la nulidad de dicho artículo tendría que ser compensada, aunque a efectos meramente provisionales, por un contenido de ley dictado por el propio TC, «es el legislador el que debe dar una nueva regulación a la materia más ajustada a la CE». Carece, pues, de todo fundamento la crítica que Codina Vallverdú dedica a esta sentencia, al postular que debería haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 64 LJCA.

En alguna ocasión el TC se ha enfrentado con desenvoltura a la práctica de los recurrentes que solicitan del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas que el propio TC considera oportuno por conexión o consecuencia. Esta práctica «permite inferir que en el futuro una petición semejante puede convertirse en cláusula de estilo. En tal caso, el Tribunal podría contestar, sin más, diciendo que no encuentra otras normas a las que extender su pronunciamiento» (sentencia de 8 de junio de 1981).

4. La dilación de la decisión. La existencia en abstracto del recurso de amparo, como remedio procesal, permite dilatar *ad casum* una decisión que implique la interpretación de un precepto constitucional, en lugar de establecer con carácter genérico y alcance general y que vincularía en el futuro al propio Tribunal.

En este contexto hay que interpretar la reticencia del Tribunal al uso legítimo, aunque difícil (sentencia de 13 de febrero de 1981) de una sentencia «interpretativa» que fije con carácter definitivo el alcance de la prescripción constitucional. «Es más adecuado que el TC vaya haciendo los correspondientes pronunciamientos respecto a cada uno de los supuestos especiales que se pueden plantear en el futuro a través de los correspondientes recursos de amparo» (sentencia de 8 de abril de 1981).

5. Es posible escindir el aspecto material y el procedimental de una ley preconstitucional cuya disconformidad con la CE haya sido declarada por el TC. Se salvan los aspectos procedimentales para lograr de esta forma una concreción mayor en el ejercicio del derecho fundamental dentro de un marco legal de desarrollo.

Así ocurre con el artículo 21 CE respecto a la Ley 17/1976 sobre Derecho de Reunión (sentencia de 16 de junio de 1982). En este orden de ideas, esta sentencia no identifica a una ley preconstitucional, y en ciertos aspectos anticonstitucional, con una «norma excepcional» que no pueda ser extendida análogicamente, pues esta Ley 17/1976, aunque fuera restrictivamente, tendía a permitir un derecho.

6. El control de constitucionalidad no alcanza al «contenido implícito de la norma», o a los supuestos de carácter material o político que subyacen a esa norma. Ya lo hemos visto en determinadas ocasiones. Es posible que el control que en estos casos realiza el TC pudiera ser calificado de «ingenuo» pero no cabe duda que su corrección no admite reproches (*vid.* sentencia de 22 de julio de 1983).

## 10. CONCLUSIONES

I. Son posibles varios métodos de análisis de la justicia constitucional. Puede tratarse de un examen disciplinario sobre materias concretas, que afecten a la disciplina científica a la que se dedique el autor de ese análisis. Es posible también un examen crítico acerca de la labor del TC en el desarrollo jurídico-político de los valores constitucionales. También puede circunscribirse el examen a un análisis de la estructura y funcionamiento de la justicia constitucional tal como ha sido establecida en la LOTC, y desarrollada por el propio Tribunal (por ejemplo, un análisis de la rica doctrina elaborada por el TC sobre las exigencias para la admisibilidad del recurso de amparo). Los dos primeros realizan un estudio de los contenidos de la jurisprudencia constitucional. El tercero, además, incluye la exégesis de la Ley Orgánica, y la interpretación que el Tribunal realiza de ella. Es posible, por fin, un examen y estudio de la estructura interna del razonamiento judicial específico del TC, del modo de obtención de la decisión y del contenido argumental de ella. Pretende tan sólo un carácter de tratamiento metodológico. Este último método prescinde de las condiciones reales de producción de dicho razonamiento (lo que Haerberle llamaba «el entorno del sistema»). Prescinde de realizar una consideración crítica sobre el substrato o la consecuencia político-constitucional de aquella jurisprudencia. Prescinde, igualmente, de una consideración crítica acerca de si el TC respeta o no los límites de la CE y de su propia Ley Orgánica. Pues sólo estudia las consecuencias, en el ámbito argumental, de esos límites y la posibilidad o no posibilidad de someterse a ellos. Prescinde, por último, de cuál sea la interpretación correcta de este o aquel artículo o aquel precepto que el TC utilice como criterio de decisión. Este último método es el que se ha elegido aquí.

II. La justicia constitucional, tal como se ha estudiado en este trabajo, se caracteriza por:

1) El uso posible y correcto de un modo de razonamiento específico que hemos llamado «juicio de razonabilidad», a caballo de una interpretación literal —lo que aquí hemos llamado una «deducción estricta» (sobre el modelo de la casación francesa en su implantación revolucionaria), y un «juicio de optimización» que integre incontroladamente representaciones de valor.

2) La necesidad que tiene la justicia constitucional de resultar «especialmente convincente», y que la lleva a utilizar técnicas argumentativas de carácter muy diverso (el juicio orientativo de legalidad, una relativa competencia sobre la *quaestio facti*, la interpretación material de los conceptos, la búsqueda de soluciones poco incidentes). Esto suponía igualmente una aplicación sincrética del Ordenamiento Jurídico como un todo.

3) La renuncia a imponerse una autolimitación sobre los elementos del tipo constitucional cuya concreción exija un examen de lo político (por ejemplo, «urgente necesidad») y, por tanto, rechazo de la concepción de los preceptos constitucionales comprometidos como «compromisos dilatorios» sin contenido normativo. Correlativamente, el control completo de todos los elementos del tipo constitucional va acompañada de una autolimitación en la intensidad de ese conocimiento: sólo se va a exigir lo razonable, y lo razonable va a coincidir con lo constitucionalmente aceptable, salvando, de esta manera, la posibilidad de un margen de apreciación política y la diversidad de alternativas a favor de los Poderes Públicos correspondientes.

4) La identificación entre lo razonable y lo justiciable en el sentido de que el margen que va desde lo razonable a lo óptimo es el campo donde cualquier medida que se examina será constitucionalmente «valedera». En esta zona ya no es posible una ulterior calificación por parte del TC y cualquier medida de los Poderes Públicos dentro de este margen exige un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal. Una ulterior calificación dentro del margen de lo razonable supondría un juicio de optimización (por ejemplo: si bien es razonable que se implante o no se implante televisión privada, lo constitucionalmente correcto es que se implante: esta es la forma de un juicio de optimización).

5) Teóricamente no es determinable ni controlable la medida real en que el juicio de razonabilidad y el de optimización no coincidan; como su distinción nunca es constatable, la necesidad de mantener dicha distinción se convierte para el TC en la necesidad de conseguir un amplio asentimiento a su decisión.

6) La «ruptura de la cadena de motivación» con respecto a las decisiones, y fundamentación de esas decisiones, de los órganos integrados en el Poder Judicial. Esta ruptura está exigida por la propia justicia constitucional al exigir que la decisión de este Tribunal se asiente exclusivamente en valores constitucionales. Hemos visto cómo el juicio de razonabilidad no podía mantener hasta sus últimas consecuencias esta ruptura. El uso por parte del TC del «juicio de legalidad» en cualquiera de sus formas y la aceptación «propio foro» de las calificaciones obtenidas a partir de la legalidad ordinaria constituían una muestra de ello.

7) La existencia, en fin, de un ámbito específico de «lo constitucionalmente relevante». En virtud de ello, el TC debía realizar necesariamente una

calificación de los hechos en el recurso de amparo que permitiese determinar la relevancia constitucional de los mismos (la calificación de razonabilidad). Igualmente, la capacidad de la CE y del TC para redefinir los términos utilizados, en una interpretación «material», que prescindiese de su contenido técnico, interpretación que consistía en la búsqueda de lo «razonablemente relevante» para la protección del valor constitucional en juego.

III. Si se acepta que todos los preceptos constitucionales tienen una validez normativa inmediata, y se acepta que la CE es un «marco de coincidencias» de alternativas contrarias y valederas, el juicio de razonabilidad resulta el único posible en una justicia constitucional. Por todo ello, creo que el modo de razonamiento judicial del TC, excepto en algunos puntos concretos que hemos ido reseñando, resulta sustancialmente adecuado.

### BIBLIOGRAFIA

Las obras que se citan corresponden a:

ESSER: *Vorverständnis und Methodenwahl im Rechtsbefugnis*, 1970, y *Principio y norma en la elaboración judicial de Derecho Privado*, 1961.

De ENGISCH se cita *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 1963.

Para la doctrina del razonamiento «argumental», los «Tópicos» de ARISTÓTELES y la «Lógica Jurídica y Nueva Retórica», de PERELMANN.

Se cita de GONZÁLEZ PÉREZ: *La Constitución y los principios Generales del Derecho*, en el vol. II de *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, 1979.

De GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 1981.

La cita de FORSTHOFF corresponde a su trabajo *Sobre medios y métodos de la planificación moderna*, en el vol. I de *Planificación de J. Kaiser*, 1971.

Tomo el texto de BACHOFF de su obra *Der Verfassungsrichtr Zwischen Recht und Politik*, parcialmente transcrito en la obra ya citada del profesor ENTERRÍA. El análisis de la idea de contenido esencial en STEIN, *Derecho político*, 1973.

Los trabajos de BADURA *Eigentumschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbetrieb*) y HAEBERLE (*Verfassungstheorie ohne Naturrecht*) están publicados en el *Archiv für öffent. R.* en los números 98 Heft 2 y 99 Heft 3, respectivamente.

De LARENZ la edición española de 1980 de su *Metodología de la Ciencia del Derecho*.

De CARL SCHMITT: *Das Reichgericht als Hüter der Verfassung*, 1929, y *Teoría de la Constitución*, 1982.

El comentario de CODINA VALLVERDÚ a la STC de 20 de octubre de 1982, en *La Ley*, 1983-2, p. 26, y el trabajo de J. M. ROMERO MORENO, «La aplicación normativa directa de la Constitución Española», en *La Ley*, mismo año y tomo que la anterior, p. 1267.

De BASILE: *Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La Constitución Española de 1978*, de ENTERRÍA-PREDIERI, 1980.

La referencia a la «doble interpretación», en J. AROZAMENA, «Valor de la Jurisprudencia constitucional», vol. I de *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*.