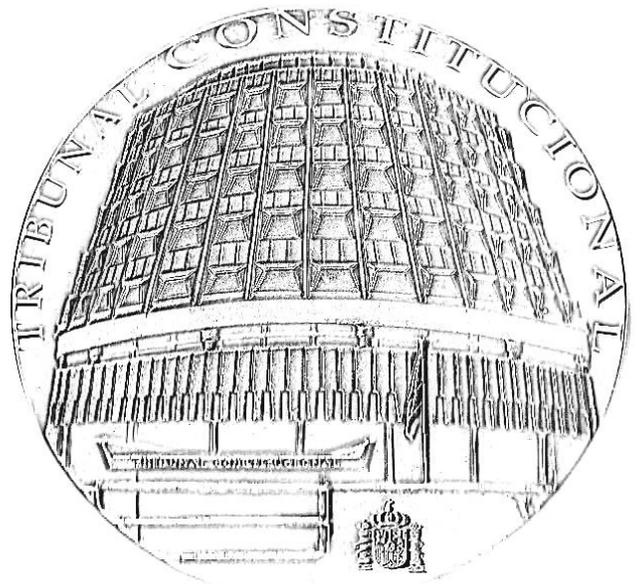


XV Conferencia Trilateral
24-27 de octubre 2013
Roma



**Los principios de razonabilidad y
proporcionalidad en la jurisprudencia
constitucional española**

España

LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Magistrada Encarnación Roca Trías
Letrada M^a Angeles Ahumada Ruiz

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CARACTERIZACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL APLICANDO LOS CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD.- III. PROPORCIONALIDAD.- 1. De principio general a canon constitucional.- 2. El ámbito propio de aplicación del principio de proporcionalidad.- 3. Los componentes del juicio de proporcionalidad.- IV. RAZONABILIDAD.- 1. Igualdad.- 1.1. Igualdad en la ley (frente al legislador).- 1.2. Principio de igualdad y prohibiciones de discriminación.- 1.3 Igualdad en la aplicación de la ley.- 2. Tutela judicial efectiva.- 3. Canon de razonabilidad reforzado.- 4. Juicio de irracionalidad de la ley. La interdicción de la arbitrariedad del legislador.- V. A MODO DE CONCLUSION

I. INTRODUCCIÓN

Del principio de proporcionalidad se ha dicho que es la pieza central del “nuevo constitucionalismo”¹, esencial e inevitable en cualquier sistema constitucional², un criterio universal de constitucionalidad³, cuyo empleo es la marca de

¹ . A. Stone Sweet y J. Mathews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism” (2008). Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 14.

² . David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Nueva York, Oxford University Press (2004), pág. 162

³ . Robert Alexy lo considera el único modo racional de conectar un derecho constitucional con la razón para su limitación. Así, por ejemplo, en “Los derechos

madurez de un Tribunal Constitucional⁴. “Vivimos --afirma Aharon Barak-- en la era de la proporcionalidad”⁵. Claro que no todo son celebraciones. En el otro extremo se sitúan quienes consideran el razonamiento bajo la forma de proporcionalidad y ponderación poco menos que una mistificación --“un paraguas propicio bajo el que una mayoría incapaz de ponerse de acuerdo en un razonamiento auténtico, puede superar sus discrepancias”⁶— o los que, sin llegar a tanto, lo toman como un razonamiento con escasa base lógica, si se comparte la idea de que es difícil decidir “si esta línea es más larga que lo que pesa esta piedra”, intentando describir lo que, según algunos, está en cada lado de la balanza cuando se sopesan distintos derechos, intereses o valores constitucionales⁷.

Efectivamente el juicio de proporcionalidad está orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia. La ventaja del enfoque de proporcionalidad es que permite decidir esos conflictos sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y por tanto, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas. Lo peculiar del juicio de proporcionalidad es el punto de vista desde el que se procede al examen de la controversia una vez se ha fijado el contexto, las circunstancias del caso: partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De resultas de este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.

fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91 (2011), pp. 11-29.

⁴ . Hans Schneider, “Zur Verhältnismässigkeit-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen”, citado por Manuel Medina Guerrero, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público* num. 5 (1998), p. 133.

⁵ . Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press (2012), p. 457

⁶ . Justice Brennan del Tribunal Supremo de Estados en el caso *New Jersey v. T.L.O.* (1985) pp. 369-371

⁷ . Justice Scalia, también del Tribunal Supremo EEUU en el caso *Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enter., Inc.* (1988), p. 897.

La ventaja de este esquema de decisión es que produce soluciones ajustadas al caso, que no prejuzgan casos futuros en los que los mismos derechos o intereses vuelvan a mostrarse en conflicto, sino en la medida en que las circunstancias sean las mismas. La legitimidad “democrática” de esta forma de decisión se ha querido conectar con la consecuencia de que al no fijar barreras permanentes para la intervención en el área de los derechos, en lo que respecta del legislador, deja inalterado el espacio que le corresponde de libre configuración. Su talón de Aquiles, según muchos, es que, en ausencia de medios de verificación y prueba más refinados que los comúnmente empleados por los Tribunales para comprobar la idoneidad y necesidad de una medida, lo que se abre es un amplio espacio para la argumentación especulativa, que ocasionalmente da como resultado una pura “opinión”. La conciencia de esta debilidad reclama un empleo y ejercicio del juicio de proporcionalidad “proporcionado”, valga la redundancia, pues en este terreno como en otros vale la máxima de Paracelso, según la cual, *“sola dosis facit venenum”*, es la dosis la que hace el veneno⁸.

Como se verá a continuación, en la jurisprudencia constitucional española el empleo de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad remite a un derecho común europeo: el Tribunal ha incorporado y hecho suya la jurisprudencia de los Tribunales supranacionales europeos y, en relación con el principio de proporcionalidad, ha adoptado como propio el llamado “test alemán”. La discusión doctrinal a propósito de estos principios –no extremadamente abundante, para decirlo todo-- también está muy influida por el debate europeo y pone de relieve los riesgos que conlleva el uso por parte del Tribunal de cánones de control que le invitan a situarse en la posición de un legislador, un juez o una administración “ideal”. En la evolución y desenvolvimiento de estos principios, por tanto, es perceptible la influencia que ha ejercido el entorno.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad impulsan un modo de interpretación de la Constitución que el Tribunal Constitucional considera “constitucionalmente adecuado” --para utilizar la famosa expresión-- pero que seguramente no era inevitablemente demandado por ella. Quiere esto decir que la evolución hubiera podido ser otra y, por tanto, que nada hay de extraño en el contraste que ofrecen las experiencias en el diseño y uso de los cánones de proporcionalidad y razonabilidad de otras jurisdicciones constitucionales de diferente “área de cultura constitucional”. Es conocido que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no ha formulado “un” test de proporcionalidad, pero no es menos cierto que algunos de los tests que viene empleando profusamente, son lo más parecido a él (“least restrictive means test”, “balancing approach”, “purpose test”, “undue burden”). Que Canadá emplee un test de proporcionalidad en el que el tercer paso está ausente --esto es, una

⁸ . M. Medina en la obra mencionada en nota 4, pág. 141.

proporcionalidad “sin” ponderación-- obedece quizá a un desarrollo sencillamente más pragmático en la formulación del principio y, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional española, nada sorprendente (en la práctica, en el caso español, en la gran mayoría de los supuestos la decisión sobre proporcionalidad está predeterminada por el resultado del control de necesidad, el segundo paso). Los tribunales superiores británicos, pese a la presión que la *Human Rights Act* de 1998 pone sobre el sistema tradicional de la *judicial review*, fuera del estricto ámbito de los derechos humanos, siguen aplicando un test de razonabilidad sumamente deferente --el *Wednesbury test*—basado en la evidencia de la “irrazonabilidad” de la actuación impugnada. Sin negar la conveniencia de acudir a un tipo de examen más “sensible al contexto” (*context sensitive*) cuando el caso lo requiere, los jueces ingleses valoran la simplicidad del test tradicional de razonabilidad⁹.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL APLICANDO LOS CRITERIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

La actual formulación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional es producto de una evolución, particularmente llamativa en el caso de la proporcionalidad, que no responde a un patrón muy claro. El resultado no sorprenderá a quienes estén familiarizados con la actividad de las jurisdicciones constitucionales pues, al menos en su enunciación formal, tanto el juicio de razonabilidad como el de proporcionalidad encajan en estándares conocidos.

En el caso del juicio de proporcionalidad, el Tribunal —aunque nunca haya reconocido expresamente esta deliberada importación— aplica el llamado “test alemán” con sus consabidos tres estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto). En cuanto al juicio de razonabilidad, en su aplicación más relevante, que es la que se proyecta sobre el ámbito de acción del principio de igualdad, se refleja la directa influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo --esta sí, objeto de recepción expresa por parte del Tribunal-- e incorpora, seguramente también a través de esta misma jurisprudencia, importantes aspectos de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de “*equal*

⁹ . La historia de la afirmación y expansión del principio de constitucionalidad en las jurisdicciones constitucionales contemporáneas y sus diferentes versiones en el libro citado de A. Barak en nota 5.

protection". En ambos casos, sería precipitado concluir que, con estos puntos de llegada, la evolución se ha detenido. Mientras que las fórmulas de enunciación de estos principios parecen consolidadas, no puede decirse lo mismo de la práctica aplicativa, que sigue mostrando fluctuaciones, sobre todo en el caso del juicio de proporcionalidad.

Como se ha indicado, la evolución jurisprudencial de estos principios no ha sido lineal. Aunque hoy aparezcan con rasgos diferenciados, en los primeros tiempos, razonabilidad y proporcionalidad tendieron a confundirse o, al menos, a presentarse como criterios complementarios. Efectivamente, la referencia a exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que se demandan de las normas y de la actuación de los poderes públicos está presente en la jurisprudencia constitucional desde el principio (el TC español comenzó a funcionar en 1980 y su primera sentencia es de enero de 1981). Con ambas se apelaba a la necesidad de justificación suficiente para cualquier norma, medida o acto que, al imponer restricciones o cargas, o al causar algún perjuicio, resultara sospechoso de haber incurrido en arbitrariedad, exceso y, consiguientemente, en inconstitucionalidad. Se daba por supuesto que en el sistema del Estado de Derecho constitucional no podían encontrar respaldo constitucional normas, medidas o actuaciones del poder público irrazonables o desproporcionadas¹⁰.

El fundamento constitucional de estos criterios, sin embargo, no era explícito. A diferencia de lo que sucede en otras constituciones más recientes, la española no contiene una llamada a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad como guía y parámetro general de la actuación de los poderes públicos¹¹. Así, en relación con los derechos fundamentales, terreno característico de la acción de estos principios, la Constitución carece de una cláusula del tipo de la recogida en el art. 52.1 *in fine* de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE,

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido

¹⁰ . La alusión a la "proporcionalidad razonable" aparece por ejemplo en SSTC 178/85 (arresto del quebrado), 161/1987 (objeción de conciencia sobrevenida), 196/1987 (asistencia letrada al detenido), 120/1990 (huelga hambre presos GRAPO).

¹¹ . En la Constitución de Suráfrica (1996) es visible un intento de "restatement" de la doctrina del momento sobre proporcionalidad (que en la práctica no parece haberse demostrado particularmente clarificador): Art.36. *Limitation of rights.-(1)* The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including- (a) the nature of the right; (b) the importance of the purpose of the limitation; (c) the nature and extent of the limitation; (d) the relation between the limitation and its purpose; and (e) less restrictive means to achieve the purpose.

esencial de dichos derechos y libertades. **Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.**

Fuera de los límites específicos eventualmente mencionados en relación con derechos en concreto, la Constitución española no establece con carácter general otra cosa más que la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos y, adosada a ella, la garantía del contenido esencial de los mismos:

art. 53.1 CE: Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. **Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades**, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

En interpretación de este precepto, el Tribunal Constitucional ha advertido repetidamente, que los derechos “no son absolutos” –incluyendo habitualmente la observación “salvo el derecho a no sufrir tortura”--, y desde muy pronto afirmó que los derechos fundamentales podían ser objeto de otros límites más allá de los específicamente mencionados en la Constitución,

“[No] puede aceptarse la tesis ... de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.” (STC 11/1981, FJ 7)

Esta afirmación es una premisa imprescindible para la operatividad de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como cánones de control, pero no fuerza su introducción con un diseño determinado. De hecho, la STC 11/1981, de donde procede la cita, es un buen ejemplo de cómo operó al principio el Tribunal: conjugando la garantía del contenido esencial con la

aplicación de un juicio de “razonabilidad y proporcionalidad” sobre las normas que afectaban al ejercicio del derecho. El foco se situaba en la definición del contenido esencial y sobre esta base, sin mayor teorización –“desde el punto de vista jurídico-constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial del derecho”, resume el Tribunal¹²— se analizaba la “justificación de la medida” (a la manera del control de “adecuación”) y se verificaba la ausencia de “exceso”¹³.

A lo largo de los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio “conjunto”, casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. El control en términos de razonabilidad y proporcionalidad implicaba tomar en consideración “todas las circunstancias” antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad”¹⁴ de la norma o actuación impugnada, lo que tenía la ventaja de que permitía al Tribunal adoptar decisiones ajustadas al caso, pero que también invitaba a entrar en valoraciones de oportunidad, especialmente, en el caso del control de la actuación del legislador, cuando entraba a considerar si la norma era proporcionada atendida su finalidad.

El fundamento constitucional que el Tribunal invocó para justificar la sujeción de normas y actuaciones a requisitos de razonabilidad y proporcionalidad fue normalmente el de la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la justicia como valor superior (art. 1.1 CE) o el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), aunque también hubo vinculaciones más remotas, como la que la STC 160/1987 estableció con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No dejó de advertir, asimismo, que el art. 10.2 CE respaldaba la incorporación a la jurisprudencia constitucional del análisis de las limitaciones a los derechos en términos de razonabilidad y proporcionalidad que venía realizando el Tribunal de Estrasburgo¹⁵.

¹² . STC 11/1981, FJ 7

¹³ . Tal y como el Tribunal Constitucional procedió a delimitar lo que constituía el “contenido esencial”, el “exceso” en la intervención sobre el derecho podía provenir de dos vías: una regulación del derecho que lo desdibuja, lo priva de sus elementos característicos y, como dice el Tribunal, lo “desnaturaliza” (lo convierte en otra cosa), o una regulación que lo hace ineficaz en la práctica: “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Véase, STC 11/1981, FJ 8.

¹⁴ . STC 46/1984 (consignación para recurrir), FJ 2, que toma como referencia la STC 3/1983 (casación laboral - acceso a los recursos)

¹⁵ . Así en SSTC 62/1982, 22/1981, 34/1981, 75/1983, 108/1994

Un ejemplo de este tipo de fundamentación puede verse en la STC 50/1995 (sobre entrada en un domicilio con una autorización judicial que no cumple los requisitos mínimos – y a pesar de que quienes practicaron la entrada lo hicieron con total prudencia):

“Aquí juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. **Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución. Por otra parte, ha sido configurado también jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya recepción se impone en este ámbito desde la propia Ley suprema (art. 10.2 C.E.), como hemos dicho tantas veces que excusa su cita.**” (FJ 7)

Es a partir de la segunda mitad de los años 90 cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada. Es también en este período cuando definitivamente cobra forma el test de razonabilidad aplicado al control de la motivación de las decisiones judiciales y su derivado, el canon reforzado de razonabilidad para determinadas actuaciones, tanto judiciales como administrativas, que por su directa e intensa incidencia sobre derechos están sujetas a una obligación de motivación más exigente.

En esta etapa el control de proporcionalidad se consolida como canon típico de control en el ámbito de los derechos fundamentales, desde luego no el único, pero sí el más relevante. En parte, esta centralidad –cuya conveniencia y acierto son discutidos dentro y fuera del Tribunal¹⁶— se consigue porque en la configuración “alemana”, el test ha podido absorber y acomodar otros cánones de control que ya el Tribunal ya venía aplicando. Es simplemente natural entender el test de adecuación como un test de razonabilidad (que se pregunta por la justificación de la medida); el test de necesidad evoca en alguna de sus

¹⁶ . Son representativos los votos particulares de los Magistrados Pedro Cruz Villalón en la STC 49/1999 (“Tengo alguna reserva derivada de la centralidad que el principio de proporcionalidad comienza a asumir en nuestra concepción de los derechos fundamentales”) o Vicente Conde Martín de Hijas en la STC 136/1999.

aplicaciones la variante del test de razonabilidad que, por ejemplo en los casos de alegada discriminación, provoca la inversión de la carga de la prueba y reclama una justificación en términos de necesidad de la medida (a la manera del *intermediate* o el *strict scrutiny test* americanos); y no deja de ser significativo que el test de proporcionalidad en sentido estricto se denomine normalmente “ponderación”, la técnica que el Tribunal había venido empleando en los casos de colisión entre derechos fundamentales o bienes constitucionales de igual relevancia. Por supuesto, la proporcionalidad no es el único canon de constitucionalidad: la jurisprudencia constitucional, con el tiempo, ha ido desarrollando una variedad de criterios y reglas específicas para determinar en distintos casos, en qué condiciones son legítimas las intervenciones sobre los derechos. Pero no cabe duda de que hoy es el método más ubicuo y recurrente —y en el origen de muchas de esas reglas y criterios ad hoc está, precisamente, un juicio de proporcionalidad.

La esfera de acción de la proporcionalidad no se limita al ámbito de los derechos. Una variante del test de proporcionalidad es el criterio aplicado en aquellos casos en que se denuncia la quiebra de la unidad de mercado —en los términos del art. 139.2 CE¹⁷—y, en otras disputas de carácter competencial

¹⁷ . art.139.2 CE: “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”

Desde la STC 31/1981 y sobre todo a partir de la STC 88/1986 la proporcionalidad aplicada a los supuestos en que se vigila la quiebra de casos se aplica del siguiente modo: “Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles. [] Por todo ello, para evaluar si la normativa impugnada vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario aplicar estos criterios acabados de exponer a las normas en cuestión, precisando su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen.

Este tipo de test sigue vigente como puede verse últimamente en STC 96/2013

cuando el Tribunal debe decidir en el conflicto entre unidad y diversidad (garantía de la autonomía)¹⁸.

A la expansión del control de proporcionalidad ha contribuido también una importante clarificación conceptual que da respuesta más satisfactoria a su controvertido status constitucional. En la muy relevante STC 55/1996 el Tribunal Constitucional señaló que “el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos”:

“[e]s, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales ... y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. **Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.**” (FJ 3)

Con la notable e interesante excepción del principio de “proporcionalidad de la pena” --que en una jurisprudencia todavía no desprovista de ambigüedad el Tribunal ha integrado dentro del contenido (esencial) del derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE¹⁹—, en el resto de los casos, por tanto, la mera

¹⁸ . Ya en la STC 82/1986, FJ 14 el TC afirma que “la exigencia del bilingüismo ha de llevarse a cabo con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad desde la perspectiva de lo dispuesto en los arts. 23.2, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución.” En cuanto al régimen de sanciones que pueden aprobar las administraciones autonómicas la STC 156/1995, FJ 3 indicaba que “las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 C.E., básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1)” (STC 87/1985, fundamento jurídico 8º)”

¹⁹ . Al respecto STC 136/1999 y últimamente 60/2010. En contrario, también muy tajante, la STC 65/1986: “no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito” (FJ 3).

“desproporción” no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión un derecho o bien constitucional claramente identificado.

El ámbito propio del juicio de razonabilidad no es menos amplio, sobre todo si consideramos como tal el control de adecuación que el actual test de proporcionalidad incluye como primer paso. En cuanto canon singular y específico de control, su ámbito de acción tradicional y más notable está conectado con la garantía del principio de igualdad –de acuerdo con una formulación en la que está presente, por influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un componente de proporcionalidad. No obstante, probablemente ha sido en relación con el control de la motivación de resoluciones judiciales y administrativas donde la aplicación del juicio de razonabilidad ha tenido un desarrollo más original. Además, en la medida en que el juicio de razonabilidad gira en torno al examen de la relación medio-fin desde el punto de vista de la justificación, es también el canon característico en los casos en los que se denuncia la “arbitrariedad” o el exceso en la discrecionalidad, tanto en relación con actuaciones de la administración y de los jueces, como en el caso del legislador. Tratándose de este último, el juicio de razonabilidad se instrumenta desde las reglas de la máxima deferencia y garantía de la libertad de configuración, pues “el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración”²⁰, lo que se traduce –dejando a un lado los casos de discriminación— en que el *onus probandi* de la “irracionalidad” recae siempre sobre quien impugna la ley, favorecida por una potente presunción de constitucionalidad.

III. PROPORCIONALIDAD

1. De principio general a canon constitucional

Como se ha indicado, el control de proporcionalidad está presente en la jurisprudencia constitucional desde los comienzos. Al principio opera vinculado al control de razonabilidad. Con poca o ninguna conciencia doctrinal el Tribunal Constitucional de la primera época se refirió ocasionalmente y empleó, según

²⁰ . STC 49/2008, FJ5

el caso, cánones de adecuación y de necesidad. También es posible encontrar en la jurisprudencia constitucional más temprana referencias a la “proporcionalidad de los sacrificios de los derechos” (STC 26/1981), a la “relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (STC 6/1984), a la “injerencia o restricción proporcionada de los derechos” (STC 178/1985), o a la “proporcionalidad de las penas” (65/1986).

En la Constitución, ya se ha dicho, no hay mención a un principio de proporcionalidad como criterio para determinar con carácter general los límites de los derechos o como canon para determinar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades públicas. Esto no quiere decir que el principio de proporcionalidad no tuviera carta de naturaleza en el Derecho español: era un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y clásico en la doctrina del derecho penal en su vertiente más específica de principio proporcionalidad de la pena.

Cómo y por qué sucede el salto o, si se prefiere, su conversión de “principio general” en “canon constitucional” (y no precisamente marginal) es algo que admite una variedad de explicaciones, salvo la de que se trataba de un desarrollo obligado. Lo que está claro es que en la segunda mitad de los años noventa se lleva a cabo por parte del Tribunal Constitucional un deliberado esfuerzo por perfilar las características del principio de proporcionalidad adaptado a las peculiaridades de la litigación constitucional. Las muy citadas SSTC 66/1995²¹, 55/1996²², 207/1996²³, 161/1997²⁴ y 136/1999²⁵ procedieron a fijar los elementos del canon de proporcionalidad bajo evidente, aunque no explícitamente reconocida, inspiración alemana.

Hoy es doctrina consolidada que el control de proporcionalidad integra a su vez un control de adecuación o idoneidad de la medida objeto de examen (relación medio-fin), un examen de la necesidad de la misma (inexistencia de una alternativa menos gravosa) y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendidas sus consecuencias (se calibran los intereses afectados y en conflicto

²¹ . Sobre prohibición de concentración de trabajadores de la banca

²² . Sobre el régimen penal del incumplimiento de la prestación sustitutoria del servicio militar para objetores de conciencia (proporcionalidad de la pena)

²³ . Intervención corporal en la persona del imputado

²⁴ . Delito de negativa a someterse al test de alcoholemia

²⁵ . Revisión de la condena impuesta por el TS a la Mesa de Herri Batasuna por un delito de colaboración con banda armada cometido con ocasión de la emisión de un video electoral

para comprobar si las ventajas superan o al menos compensan los inconvenientes)

“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.” (STC 55/1996 FJ 5)

2. El ámbito propio de aplicación del principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en todo tipo de procesos (control de leyes, conflictos de competencia, amparo), respecto de todo tipo de normas, medidas o actuaciones, de toda procedencia (legislador, administración, jueces, particulares). Ciertamente la mayor expansión de su empleo se ha producido en el terreno de los derechos, pero no se ha limitado a él. El principio de proporcionalidad es una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia constitucional en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela “desproporcionada” a la vista de las circunstancias.

Pero ciertamente el test de proporcionalidad es idóneo y aún obligado en algunos casos. La Constitución, que no contiene una consagración de la proporcionalidad como principio general, sí prevé para algunos derechos en concreto limitaciones descritas en términos de proporcionalidad. Esto sucede en el caso del derecho de libertad personal del art. 17 CE, que respecto de la detención preventiva especifica que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” antes de establecer el plazo en todo caso máximo de 72 horas para la puesta a disposición judicial; en el caso de la libertad ideológica, religiosa y de culto, del art. 16.1 CE, cuando se indica que esta libertad se garantiza “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”; en el art. 28.2 CE cuando en relación con el ejercicio del derecho de huelga se

señala que “la ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”; o en relación con el ejercicio del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE en lugares de tránsito público, la prohibición conectada a la existencia de “razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. En todos estos casos la Constitución se refiere a intervenciones que serán legítimas en la medida en que resulten proporcionadas.

Más allá de estos casos específicos, el análisis en términos de proporcionalidad de las intervenciones sobre otros derechos, se produce, no sólo porque este tipo de control permite al Tribunal decidir los casos con atención todas las circunstancias presentes y, por lo tanto, ponderar y construir decisiones ajustadas al caso, sino también porque en ausencia de una “gran” teoría de los derechos fundamentales, el control de proporcionalidad ha posibilitado el establecimiento de criterios y reglas de alcance relativo, válidos para el caso, sin necesidad de previa delimitación a priori o en abstracto del contenido constitucional del derecho.

Esta virtualidad del control de proporcionalidad tiene como efecto la producción de un número considerable de sentencias interpretativas y la generación de una variedad de reglas a propósito de las condiciones del ejercicio de los derechos – restricciones de tiempo y lugar o modo. Ejemplos ilustrativos de este enfoque y estas consecuencias los encontramos en pronunciamientos como los de las SSTC 37/1989²⁶ 120/1990²⁷, STC 7/1994²⁸, 207/1996²⁹ y en toda la larga serie de decisiones con ocasión de regulaciones o actuaciones que inciden sobre distintos aspectos del derecho a la intimidad, inviolabilidad de domicilio o secreto de las comunicaciones.

3. Los componentes del juicio de proporcionalidad

La simplicidad de la estructura tripartita en fases o escalones no oculta las incertidumbres a la hora de determinar, en cada caso, los elementos relevantes para llevar a cabo las comprobaciones sobre adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los supuestos posibles de aplicación de la

²⁶ . Imposición de reconocimiento ginecológico en el curso de una instrucción penal

²⁷ . Huelga de hambre miembros GRAPO

²⁸ . Sobre los requisitos de las resoluciones que ordenan las pruebas de paternidad

²⁹ . Prueba pericial sobre pelo en el marco de una instrucción penal

proporcionalidad son tan sumamente dispares que hacen imposible dar indicaciones concretas, válidas para todos los casos. La práctica de la aplicación del principio de proporcionalidad ha generado una casuística que, sin embargo, no supe esa carencia.

Entre las dificultades más evidentes están las relativas a la determinación del fin a los efectos del control primero de adecuación o idoneidad. No está preestablecido si la identificación del “fin pretendido” debe ofrecerla el autor de la medida, quien lleva a cabo la intervención o si, por el contrario, ha de ser establecida de oficio por el Tribunal de acuerdo con criterios objetivos. Del mismo modo, puesto que el control de proporcionalidad ha ido restando espacio a la “ponderación a secas”³⁰, también es debatido cuál es el rango del interés o fin que se toma en consideración para realizar el examen de proporcionalidad en sentido estricto (constitucional, constitucionalmente relevante o, simplemente, constitucionalmente legítimo).

En cuanto al control de necesidad –el examen a propósito de la inexistencia de medidas alternativas menos gravosas o incidentes- incluso si el Tribunal lo viene planteando como un control casi de evidencia y poco o nada técnico, sigue concentrando las principales críticas doctrinales. Cuando el control de proporcionalidad recae sobre una medida legislativa, es debatido si el Tribunal está en situación de determinar qué medida alternativa resulta preferible o en qué falla o no se cumple el cálculo del legislador. Asimismo se ha señalado la contradicción entre la premisa de la libertad de configuración del legislador y la aplicación del test de necesidad sobre medidas legislativas, que no son otra cosa más que opciones legislativas. De cómo se argumente la importancia del fin y la necesidad de la medida puede depender el resultado final, como pone de manifiesto la curiosa secuencia de las sentencias constitucionales sobre afiliación obligatoria a las Cámaras de Comercio (el Tribunal consideró contraria a la libertad negativa de asociación esa obligación en la STC 179/1994 para rectificar en la STC 107/1996 y considerarla justificada a la luz de su finalidad e inexistencia de alternativas de efecto equivalente).

El test de proporcionalidad en sentido estricto mantiene en la práctica del Tribunal unos contornos borrosos y no es exagerado sugerir que, en la inmensa mayoría de los casos, es en el segundo paso (control de necesidad) en el que se ha determinado el resultado del control, de tal manera que el tercer momento sirve como verificación o argumento a mayor abundamiento. El Tribunal rechazó en su primera jurisprudencia que en la Constitución existiera una “jerarquía de derechos” o un orden de libertades “preferentes” al modo de

³⁰ . La técnica de resolución de conflictos entre derechos constitucionales o bienes o intereses de igual relevancia constitucional que recurre a soluciones basadas en los principios interpretativos de unidad de constitución y concordancia práctica

la construcción de las “preferred freedoms” de la jurisprudencia americana de un período. Lo que sí ha establecido son algunas “reglas de solución de conflicto” –que actúan como “reglas de prevalencia condicionada” derivadas de juicios previos de ponderación, en la terminología de Robert Alexy³¹-- para supuestos típicos de colisión de derechos en el área de información/expresión, intimidad/honor/imagen, en el curso de una instrucción o una investigación policial, o en la actuación de la administración penitenciaria o a cargo de centros de internamiento de extranjeros (acceso a contenidos de un ordenador personal³² o de la agenda del teléfono móvil³³, intervenciones corporales³⁴, registros³⁵), o en el ámbito del derecho laboral en relación con la confrontación de las facultades del empresario y los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de la relación de trabajo (control mediante micrófonos o cámaras de video³⁶, control del uso del correo electrónico corporativo³⁷), por mencionar algunos supuestos recientes.

La jurisprudencia constitucional en torno al principio de proporcionalidad de la pena, una vertiente de aplicación del principio de proporcionalidad con identidad propia, resume por sí sola las principales dificultades de la aplicación del control de proporcionalidad en sede constitucional. En la STC 136/1999 el Tribunal, por primera vez, declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada (más precisamente, por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva). Sin entrar en las críticas que suscitó la

³¹ . Importada por el Tribunal Constitucional español en alguna Sentencia, por ejemplo en STC 53/2002, FJ 10 (sobre retención en frontera de demandantes de asilo), aunque con una aplicación más peculiar en STC 103/2001, FJ 10 (directrices sobre planes comunes de estudio y autonomía universitaria)

³² . STC 173/2011 (ordenador en reparación en el que se descubren archivos de contenido pedófilo)

³³ . STC 115/2013

³⁴ . STC **/2013, de 7 de octubre 2013, cacheo personal con desnudo integral ordenado en dos ocasiones tras “vis-a-vis”

³⁵ . STC 17/2013, en particular, sobre autorización de registro de personas, ropas y enseres de los internos en centros de internamiento de extranjeros

³⁶ .STC 98/2000 (instalación cámaras y micrófonos en el Casino de la Toja), STC 186/2000 (video en cajas registradoras). Se rechaza, en cambio el análisis en términos de proporcionalidad en la reciente 29/2013, en la que se procede con la doctrina más tradicional de apreciación de lesión del contenido esencial (en el caso, de la protección de datos, derivado del art. 18.4 CE)

³⁷ . Sobre esta cuestión, la reciente STC **/2013, de 7 de octubre de 2013

argumentación de la Sentencia, lo cierto es que el Tribunal no ha vuelto a declarar una inconstitucionalidad por desproporción de la pena y cuando algún juez ha planteado, vía cuestión de inconstitucionalidad, una conclusión de este tipo, el Tribunal no ha encontrado buenas razones para neutralizar o interferir en la política penal del legislador (SSTC 49/2009³⁸, 60/2010³⁹) y ello, aun cuando no sea descartable –por ejemplo, a la vista del derecho comparado– que hubieran podido ponerse en práctica otras medidas menos incidentes en los derechos.

IV. RAZONABILIDAD

La aplicación del juicio de razonabilidad es característica, hoy por hoy, en dos ámbitos: el de la decisión de los casos de “igualdad” y el del examen de las denuncias de vulneración de la “tutela judicial efectiva”. Puesto que el artículo 14 CE es con diferencia el más invocado en los procesos constitucionales y el grueso de las demandas de amparo que llegan al Tribunal se basan en la vulneración de los derechos de los artículos 24.1 y 14 de la Constitución, no hay duda de que es un ámbito de acción tremendamente importante, recurrente y representativo de la jurisdicción constitucional⁴⁰.

1. Igualdad

1. 1. Igualdad en la ley (frente al legislador)

a) la exigencia de “justificación objetiva y razonable”

Como ya se ha indicado, el Tribunal Constitucional español procedió tempranamente a incorporar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en materia de igualdad, lo que implicó la inmediata adopción del canon de razonabilidad para decidir en qué casos la diferencia de trato introducida por las normas, en particular, las leyes (*desigualdad de iure*),

³⁸ . Delito de amenazas – violencia de género

³⁹ . Pena de alejamiento que se impone como accesoria en relación con determinados delitos

⁴⁰ . Según los datos que ofrece la Memoria 2012 del Tribunal Constitucional, de los 7.205 recursos de amparo turnados a las Salas, 5.946 (un 82,77%) invocaban el art. 24 CE y 1.068 (un 14,82%), el art. 14 CE.

resulta contraria al principio de igualdad. Acogiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo el Tribunal ha afirmado que este principio no impide al legislador introducir tratamientos legales diferenciados, siempre que la diferencia tenga una “justificación objetiva y razonable”. Para examinar la razonabilidad, el Tribunal tomará en cuenta el fin pretendido por la ley y la adecuación/idoneidad de la medida adoptada para lograrlo:

“[A]unque es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los arts. 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que **toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación**. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: **la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida**” (STC 22/1981, FJ 3)

b) deferencia hacia el legislador a quien corresponde la selección de los destinatarios y supuestos de aplicación de la norma

Significativamente, poco después, a esta descripción del juicio de constitucionalidad en términos de razonabilidad, se añadió la condición o cautela de respetar el rango de opciones a disposición del legislador:

“**La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador**. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la

Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria.” (STC 34/1981, FJ 3)

El componente de proporcionalidad del juicio de razonabilidad asociado al control de la igualdad en la ley no debía imponerse al básico juicio de adecuación entre medio y fin. Al legislador no se le exige la adopción de la medida óptima, ni siquiera la más adecuada; el límite está en el patente desajuste entre las consecuencias de la medida adoptada y fin aparentemente pretendido, esto es, en la “desproporción”:

“Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad, en suma, **cuando cabe discernir en ellas una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido.** Tan contraria a la igualdad es, por lo tanto, la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad” (STC 209/1988, FJ 6)

En refuerzo de la deferencia al legislador el Tribunal ha especificado asimismo que a la hora de examinar la razonabilidad de la norma, toma en cuenta los supuestos “normales” de aplicación y no los casos singulares y excepcionales que podrían poner de manifiesto algún exceso en el alcance de la regulación:

“Lo que debe enjuiciarse en cada caso es la objetividad y razonabilidad del criterio de diferenciación empleado. Y, como dijimos, entre otras en la STC 70/1991, "el juicio de razonabilidad sobre la adecuación entre el criterio de diferenciación adoptado por la norma y el fin de ésta ha de hacerse tomando en cuenta el caso normal, es decir, el que se da en la gran generalidad de los supuestos tanto reales como normativos ... y no ... tomando únicamente en consideración la excepción a la regla". Desde la perspectiva de la igualdad añadíamos que la generalidad de la norma, y por ello el distanciamiento en relación a casos particulares concretos, puede ser una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad, por ello el juicio de igualdad debe hacerse teniendo en cuenta los criterios legales establecidos para la distinción, y no casos particulares individualizados. **La razonabilidad y proporcionalidad de la norma ha de apreciarse en relación con los casos ordinarios y más**

frecuentes, y no respecto de los casos particulares.” (STC 16/1994, FJ 5)

c) *El supuesto de la potencial “discriminación por indiferenciación”*

Precisamente en conexión con este último punto, se plantea una cuestión que no recibió respuesta concluyente en el primer momento. Es la relativa a si el principio de igualdad requiere justificación, no solo para el tratamiento legal diferenciado, sino también para el trato legal igual de supuestos diferentes, es decir, supuestos en los que la norma ignora o no toma en cuenta una desigualdad “*de facto*”, desigualdad de punto de partida. De cómo se responda a esta cuestión depende el reconocimiento de la llamada “discriminación por indiferenciación”.

El planteamiento general esbozado en las primeras decisiones sobre igualdad, no cerraba el paso a esta categoría (y como prueba, sirve volver sobre el párrafo transcrito *supra* del FJ 3 de la STC 34/1981, poniendo ahora el énfasis en los límites). La posición del Tribunal pronto se inclinó a la conclusión de que del art. 14 CE no se deriva un derecho al trato normativo diferente:

“el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 C.E. impide tratar desigualmente a los iguales, pero **no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. Este precepto constitucional no consagra, sin más, un derecho a la desigualdad de trato.** Las medidas normativas de acción directa o ventajosas para colectivos tradicionalmente discriminados pueden resultar exigidas por el art. 9.2 C.E. e incluso encontrar justificación en el art. 14 (SSTC 128/1987 y 19/1989), pero **no puede derivarse de este último precepto ningún derecho subjetivo genérico al trato normativo desigual.**” (STC 16/1994, FJ 5)

En la práctica, sin embargo, las líneas claras de esta jurisprudencia se hacen más difusas. Si la regulación que se somete a control prevé excepciones, el juicio de razonabilidad alcanzará a éstas de tal manera que el Tribunal puede estar en condiciones de examinar las reclamaciones de trato “diferenciado”, en el sentido de supuestos con derecho a ser incluidos en la excepción. Un buen ejemplo de este tipo de supuesto lo proporciona la litigación constitucional que culminó con la STC 45/1989 que declaró la inconstitucionalidad de la imposición de “declaración conjunta” para el IRPF a las parejas casadas. En el origen de esta sentencia hay una demanda de amparo en la que los demandantes solicitaban “trato diferenciado” a los efectos de la obligación de la tributación conjunta –eran una pareja casada, pero habían contraído matrimonio al final del período de devengo del impuesto, lo que a su modo de

ver debía ser tomado en consideración, del mismo modo que la regulación tomaba en cuenta la disolución del matrimonio y por el mismo motivo “no debía presumirse” la acumulación de rentas. Y efectivamente, en la STC 209/1988, el Tribunal concluyó,

“[L]a previsión legislativa no se acompaña, en la propia Ley, de excepción alguna para casos como el presente, y ello pese a que tal excepción habría tenido una razón idéntica a la que subyace en el supuesto previsto en su art. 24.7 (fraccionamiento del período impositivo para el caso de disolución o separación matrimonial); regla esta última, que, por su parte, la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona no estimó que pudiera ser analógicamente aplicada al recurrente (art. 4.1 del Código Civil). No le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el uso que los órganos judiciales hagan de la integración analógica, pero sí debe hacer constar que el resultado al que aquí se llegó, impidiéndole al actor la realización de una declaración individual para el período en el que aún no había contraído matrimonio, tampoco se acomodó a la exigencias de la igualdad, medida ésta por referencia a la previsión que la propia Ley establece para los casos de disolución o separación matrimonial.” (FJ 11)⁴¹

Y en fin en la STC 45/1989 el tribunal no reconoce “exactamente” el derecho al trato diferenciado, pero sí el derecho a que si el legislador reconoce excepciones, estas sean –también, conforme a la exigencia del art. 14— razonables:

“no puede el legislador tampoco cuando adopte una regulación especial o excepcional, singularizar sin fundamento entre aquellos que, **atendido el fin de la diferenciación, se encuentran en una posición igual**” (FJ 10)

1.2. Principio de igualdad y prohibiciones de discriminación

Aunque la distinción no sea siempre nítida, el Tribunal ha recurrido en su jurisprudencia en materia de igualdad a la distinción entre los casos en los que

⁴¹ . En esta sentencia que resuelve el amparo, estimándolo, el Tribunal se “autoplantea” una cuestión de inconstitucionalidad que gira en torno a la “razonabilidad” de la obligación de declaración conjunta del IRPF para los perceptores de rentas unidos por vínculo matrimonial. La STC 45/1989 declaró la inconstitucionalidad de este trato diferente “por razón de matrimonio”.

se examina el respeto al principio de igualdad y los casos en los que se examina la existencia de discriminación (como hemos visto, en una de las primeras sentencias, la STC 22/1982, advirtió que “toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación”). Para este segundo tipo de casos, los de discriminación, el Tribunal reserva un canon de control más exigente que el de razonabilidad,

“si el principio de igualdad "no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato", **las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal**, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (STC 229/1992, fundamento jurídico 4º). **Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad** (SSTC 75/1983, fundamento jurídico 4º, 209/1988, fundamento jurídico 6º).” STC 126/1997 (FJ 8)

Cuando se denuncia la existencia de trato discriminatorio derivado de la norma, corresponde a los defensores de la ley la prueba, no ya de la razonabilidad de la medida, sino de su necesidad para alcanzar un fin constitucionalmente relevante y no, simplemente, “no contradictorio con la Constitución” (una construcción que recuerda bastante a los tests de escrutinio estricto y escrutinio intermedio desarrollados por la jurisprudencia norteamericana y aplicables a los casos de discriminación).

“cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el art. 14 **corresponde a quienes asumen** la defensa de la legalidad impugnada y por consiguiente **la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos** y en su caso propuestos por el legislador, a que antes hemos hecho referencia.” (STC 103/1983, FJ 5)

“la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y **se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación**, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC

81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)' (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4)

No obstante, como antes se ha dicho, el planteamiento de un caso como un supuesto de "cláusula general de igualdad" o de "prohibición de discriminación" no siempre es clara y ocasionalmente, la respuesta del Tribunal contribuye a mantener la indeterminación. Así, recientemente, en la STC 41/2013, el Tribunal consideró que aunque el asunto estuviera planteado por el juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad como un caso de prohibición de discriminación, podía y debía ser examinado, con carácter previo, bajo la perspectiva de la cláusula general de igualdad. Alcanzada la conclusión de que la medida legislativa examinada no superaba el test de razonabilidad, estimó innecesario entrar a comprobar si la medida era, además, inconstitucional por discriminatoria "por razón de orientación sexual", como se denunciaba por el afectado:

"el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 14 CE, **pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable sólo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes.[]** Ello conduce a declarar por este motivo la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, **lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, el precepto en cuestión conlleva una vulneración de la prohibición de discriminación** en función de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que art. 14 CE se refiere, en particular **por causa de la orientación sexual"**

En la STC 171/2012, el Tribunal argumenta y razona sobre la base de ambos enfoques a la hora de examinar la ley y concluye declarando la ausencia de

razonabilidad y proporcionalidad de la medida y la producción de una discriminación vedada por la Constitución,

“al utilizar el carácter común o no común de los descendientes del causante como circunstancia que priva de la posibilidad de reclamar alimentos a aquellos que lo fueren únicamente del fallecido, el legislador gallego ha introducido una distinción basada en una circunstancia irrelevante en relación con la finalidad perseguida por la norma y ha diferenciado situaciones que deberían haber recibido la misma valoración. Todo ello **sin que se haya aportado una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato, con la consecuencia de haber incurrido en la discriminación vedada por el art. 14 CE** [en conexión con el art. 39.2, no discriminación por razón de filiación].” (FJ 5)

Excede con mucho de este marco de análisis el comentario de la casuística y tratamiento en la jurisprudencia constitucional de los criterios y causas de discriminación, tanto los expresamente mencionados en el artículo 14 (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), como como los identificados por el Tribunal en virtud de la cláusula abierta del art. 14 CE (nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, lengua, sindicación, edad, estado civil) y también han de quedar fuera las consideraciones sobre los problemas que plantea al Tribunal la cuestión de la reparación de la igualdad y la selección de los remedios apropiados. Baste con la observación de que en el ámbito de la igualdad se demuestra el enorme potencial de la acción de los Tribunales Constitucionales (y de los Tribunales europeos) para incidir en el terreno de las políticas públicas, impulsándolas o, al contrario, introduciendo frenos.

1.3 Igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad vincula asimismo a los aplicadores de la ley, jueces y administración, vedando resoluciones o decisiones generadoras de trato desigual injustificado, discriminatorio, caprichoso o arbitrario. Inevitablemente, la prueba del trato desigual parte siempre de la existencia de un término de comparación que será empleado como referencia para medir, en primer lugar, si se está, objetivamente, ante casos iguales y, en segundo lugar, si el tratamiento diverso está suficientemente justificado.

Igualdad en la aplicación judicial

Respecto de la igualdad entre decisiones judiciales, el Tribunal Constitucional, que en los comienzos de su actividad y por un breve período pareció dispuesto a acoger una versión generosa del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (sobre la base de que a supuestos de hecho iguales debían corresponder iguales consecuencias jurídicas), ha construido con el tiempo una doctrina sumamente respetuosa de la independencia judicial:

“para poder comprobar la lesión del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley es preciso que concurren los siguientes requisitos: **a)** La acreditación de un tertium comparationis, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria. **b)** La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. Esta exigencia permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente apreciación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o, por el contrario, un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable. **c)** La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “la referencia a otro” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. **d)** **Finalmente la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició.** Como también está dicho en esa misma doctrina, la razón de esta exigencia estriba en que **el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta ad personam, singularizada.** Lo que negativamente

significa que no podrá apreciarse la lesión de este derecho fundamental cuando el cambio de criterio responda a una vocación de generalidad, ya sea porque en la resolución se explicitan las razones que lo motivan o porque así se deduzca de otros elementos de juicio externos, como pueden ser significativamente posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta en la Sentencia impugnada, que permitan apreciar dicho cambio como solución genérica aplicable en casos futuros y no como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso.” STC 31/2008, FJ 2

Que la desigualdad pueda derivar de la aplicación por el juez de una ley lesiva de la igualdad o que provoca un trato discriminatorio no está excluido. Por una parte porque el juez ha de desempeñar su función de acuerdo con la Constitución y la obligación de interpretación conforme a la Constitución demanda el empleo de técnicas de interpretación o integración del derecho capaces por sí mismas de preservar y garantizar eficazmente los derechos constitucionales (lo que en los supuestos de igualdad llama eventualmente a la interpretación extensiva o al recurso a la analogía). Por otra parte, porque el juez tiene en sus manos la facultad de elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad. Según la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional esta es una facultad netamente discrecional, pero plantea serias dudas si no supondría una quiebra de la igualdad que el juez que eleva la cuestión de inconstitucionalidad respecto de una ley, continúe aplicándola en otros supuestos iguales al que provocó el planteamiento de la cuestión.

2. Tutela judicial efectiva

Entre los derechos constitucionales garantizados por la Constitución, el reconocido en el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión) es el que ha generado un corpus jurisprudencial más prolijo. Puesto que este derecho garantiza a quienes acuden al juez una respuesta ajustada a derecho, producida en ejercicio de la función jurisdiccional en los términos de la Constitución, potencialmente, cualquier asunto judicial, con independencia de la cuestión que se ventile en él, puede llegar en amparo a la jurisdicción constitucional y, eventualmente, ser examinado por el Tribunal Constitucional (cumplidos los requisitos para la admisión de una demanda de

amparo basada en la lesión del derecho a la tutela judicial). Una parte importante de la jurisprudencia recaída en torno a este derecho está orientada a delimitar, tan precisamente como sea posible, lo que corresponde al ámbito privativo de la función jurisdiccional ordinaria y lo que efectivamente puede ser revisado y decidido por la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional ha puesto especial énfasis en la premisa de que –salvo en materia de garantías constitucionales, ex art. 120 CE- no le corresponde actuar como última instancia y el recurso de amparo, en relación con el art. 24.1, no está dispuesto para garantizar la corrección jurídica o la “justicia material” de las respuestas judiciales. En expresión del Tribunal, muy tajante y repetida, este derecho **“no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales”**.

El Tribunal ha procurado identificar el contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, a través de la descripción de los requisitos mínimos exigibles en todo caso de la respuesta judicial y a partir de ellos, se ha referido asimismo --a menudo mediante la descripción en negativo-- al alcance posible de la revisión de la resolución judicial en el juicio de amparo:

“este Tribunal, ... ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras).

Asimismo, hemos dicho que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto **no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva** (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), **no pudiendo concebirse el recurso**

de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas del Ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Sin embargo, el derecho sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).” STC 55/2003, FJ 6

Es importante tener en cuenta que, a los efectos del alcance de la revisión constitucional en amparo, el Tribunal establece una básica distinción entre, de una parte, decisiones judiciales a las que se imputa la lesión de la tutela de contenidos típicos del derecho “a la justicia” (derecho de acceso a la jurisdicción, derecho de acceso a los recursos, derecho a la ejecución y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, derecho a no padecer indefensión), o a las que se atribuye la lesión indirecta de cualquier otro derecho constitucional sustantivo (por no haber sido éste reconocido o adecuadamente protegido por el juez) y, de otra parte, resoluciones consideradas lesivas de la tutela judicial efectiva porque no cumplen con los requisitos mínimos exigibles de la respuesta judicial.

Es para resolver este último tipo de demandas (que han sido tradicionalmente las más abundantes) que el Tribunal ha desarrollado un específico test de razonabilidad orientado a examinar la resolución judicial sin que ello implique revisar la completa actuación judicial. Mediante la aplicación de este canon el Tribunal comprueba que la resolución judicial efectivamente ostenta las características que la cualifican como tal y que se resume en su carácter de resolución motivada y fundada en derecho. El juicio de razonabilidad aplicado a la garantía de la tutela judicial efectiva integra cuatro distintos cánones de control orientados a examinar: a) la congruencia; b) la motivación; c) la ausencia de error patente; y, en fin, c) la razonabilidad de la resolución judicial. Como se podrá ver es un control “externo”, de evidencia, y en general muy deferente con el juez.

a) la congruencia

“respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que **no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.**” STC 278/2006, FJ 2

El Tribunal se ha referido asimismo a las tres modalidades que puede revestir la incongruencia procesal con relevancia constitucional: la incongruencia omisiva o ex silentio, la incongruencia extra petitum y la incongruencia por error

b) la motivación

“el art. 120.3 de la C.E., ... ha elevado de rango a la legalidad ya vigente antes (arts. 372, 359 L.E.C.) que exigía y exige que los fallos vayan precedidos de fundamentos -motivación- para que, formando una unidad lógica con los antecedentes, dé un resultado o respuesta judicial ajustada y proporcionada -congruente-, es decir, relacionada con las peticiones de las partes causa petendi- y resolviendo todos los puntos sometidos a la decisión judicial. Se aleja así la Sentencia judicial del acto de pura decisión para mostrar, tanto el propio convencimiento del judex, como la explicación de las razones dirigidas a las partes, para la satisfacción de su interés, así como para el supuesto de un posible recurso de éstas y de un eventual control por otro Tribunal, posibilidades que se verían enormemente enervadas si las razones no fueran mínimamente explícitas. Sólo si la Sentencia está motivada -dice la STC 55/1987, de 13 de mayo- es posible a los Tribunales que entiendan de un recurso controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el de amparo, por la vía del art. 24.1 C.E., revisar si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional en la forma establecida en el art. 117.1 de la Constitución. [] Ciertamente es que, según este Tribunal ha dicho, **no es exigible una agotadora explicación de argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad.**” STC 264/1988, FJ

4

El Tribunal, atendidas las circunstancias del caso, ha considerado que la motivación por remisión puede ser aceptable y también la práctica de la respuesta judicial estereotipada o producto de formulario,

“Hemos admitido en diversas ocasiones la licitud constitucional de la respuesta judicial estereotipada o producto de un formulario, en la medida en que peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, pues lo relevante es la existencia en la decisión de una motivación bastante para conocer los criterios jurídicos que fundamentan su parte dispositiva (SSTC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 69/1998, de 30 de marzo, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 210/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 9/2003, de 20 de enero, FJ 5). Pero no es menos cierto que la utilización de formularios o modelos impresos para fundamentar las resoluciones judiciales puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), más que por insuficiencia de la motivación, por incongruencia omisiva, esto es, por dejar sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, aunque ambas vulneraciones del art. 24.1 CE estén íntimamente relacionadas (como se subraya, por todas, en la STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4).” STC 215/2007, FJ 2

c) la ausencia de error patente

“un error del Juez o Tribunal sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del art. 24.1 CE; pero para que se produzca tal afección es necesario que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En primer lugar, el error ha de ser patente, manifiesto, evidente o notorio, en cuanto su existencia sea inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y la experiencia (por todas, SSTC 162/1995, de 7 de noviembre, FJ 3; 88/2000, de 27 de marzo, FJ 4; 96/2000, de 10 de abril, FJ 5; 169/2000, de 26 de junio, FJ 2). El error ha de ser, en segundo lugar, determinante de la decisión adoptada, de forma que constituya el soporte único o fundamental de la resolución, su *ratio decidendi*; en definitiva, se trata de que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierde el sentido y alcance que la justificaba, de tal modo que no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo (SSTC 206/1999, de 8

de noviembre, FJ 4; 217/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 281/2000, de 27 de noviembre, FJ 3; 25/2001, de 26 de febrero, FJ 2). Además, la equivocación debe ser atribuible al órgano que la cometió, es decir, no imputable a la negligencia o mala fe de la parte que, en tal caso, no podría quejarse, en sentido estricto, de haber sufrido un agravio del derecho fundamental (SSTC 89/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 150/2000, de 12 de junio, FJ 2). Por último, el error ha de producir efectos negativos en la esfera jurídica de quien lo invoca (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre, FJ 7; 190/1990, de 26 de noviembre, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 5).

c) la razonabilidad

En la determinante STC 214/1999 el Tribunal se esforzó por especificar en qué condiciones una resolución judicial formalmente motivada no cumple, sin embargo, con exigencias mínimas de “razonabilidad”:

“cuando lo que se debate es... la interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos típicos del art. 24.1 C.E. o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva **cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento.** En estos casos, ciertamente excepcionales, la aparente contradicción con la mentada premisa no existe, puesto que, como queda dicho, la falta de motivación y de razonamiento constituye uno de los contenidos típicos del art. 24.1 C.E. **Es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquéllas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas**

A partir de esta decisión, el Tribunal ha incidido en la noción de “decisión judicial irrazonable”, insistiendo siempre en la idea de que lo que se pone a prueba es la “lógica” del argumento, no su plausibilidad:

“la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, **dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable.** A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4).” STC 164/2002, FJ 4.

Hay un buen ejemplo de aplicación de este canon en la STC 157/2009

3. Canon de razonabilidad reforzado

El Tribunal ha considerado que el canon de razonabilidad aplicable con carácter general a la revisión de sentencias judiciales en las que no están en juego otros derechos materiales sustantivos debe, sin embargo, ser más exigente cuando la decisión judicial cuestionada opera en el ámbito penal o sancionador:

“La trascendencia de los valores en juego en la aplicación del Derecho penal exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución” STC 63/2005, FJ 3

Específicamente, el Tribunal se ha referido a esta motivación reforzada para las sentencias penales y sancionadoras (en conexión con el principio de taxatividad y legalidad penal del art. 25.1 CE).

Para los demás casos en los que la decisión judicial se considera lesiva del derecho a la tutela judicial en conexión con algún otro derecho constitucional sustantivo, el Tribunal no ha fijado un canon en concreto, sino la exigencia de que la decisión judicial permita apreciar cómo se procede por el juez a la garantía del derecho en cuestión,

“el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial, ya que si la conformidad con éste exige únicamente la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, la de aquél requiere además que dicho razonamiento respete el contenido constitucionalmente garantizado al derecho fundamental afectado (SSTC 44/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 66/1997, de 7 de abril, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2).”
STC 14/2000 FJ 3.

El Tribunal incluso matiza su declaración a propósito del “pretendido derecho al acierto judicial” cuando un derecho constitucional sustantivo está involucrado en el proceso. Sin expresarlo abiertamente, el Tribunal da a entender que la función de la jurisdicción ordinaria y la función constitucional convergen cuando se trata de dispensar garantía jurisdiccional a los derechos fundamentales. En este caso, el Tribunal se sitúa en la posición de una auténtica última instancia revisora:

“Aun cuando hemos afirmado que esta exigencia de que las resoluciones judiciales contengan una fundamentación en Derecho no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, hemos matizado tal afirmación cuando con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), como ocurre en el presente caso. Al cuestionarse una resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, **el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado de motivación, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental** (SSTC 84/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 215/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 28/2005, de 14 de febrero, FJ 3), como es el de la integridad moral (art. 15 CE). **Las decisiones**

judiciales como las que aquí se recurren deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las hipótesis posibles (SSTC 10/2001, de 29 de enero, FJ 5; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 142/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; y 196/2005, de 18 de julio, FJ 3).” STC 74/2007, FJ 3.

4. Juicio de irracionalidad de la ley. La interdicción de la arbitrariedad del legislador.

En relación con el canon aplicable por el Tribunal en aquellos casos en que se denuncia la “arbitrariedad” del legislador (vulneración del art. 9.3 CE), la conclusión en vista de la práctica del Tribunal es que, ausente la afectación de algún derecho constitucional sustantivo no procede otra cosa más que un control de “evidencia”, con punto de partida en la presunción de constitucionalidad de la ley, el máximo de deferencia hacia el legislador y el respeto a su libertad de configuración respecto de todas las opciones que el constituyente ha dejado abiertas.

Al legislador democrático no se le exige “motivación”, de modo que cuando se examina una ley desde el punto de vista de la arbitrariedad el “análisis ha de centrarse en verificar si... carece de toda explicación racional” (STC 111/2013 FJ 5).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la práctica del Tribunal Constitucional, el principio de razonabilidad está asentado como criterio específico de decisión en los casos de igualdad (art. 14) y tutela judicial efectiva (art. 24.1). El Tribunal requiere una motivación más exigente –un canon de razonabilidad reforzado- en los casos en los que la decisión judicial (o, eventualmente, administrativa) resuelve sobre la alegada lesión de un derecho constitucional sustantivo, o cuando es la propia decisión la que tiene el efecto de incidir sobre un derecho constitucional sustantivo limitándolo, restringiéndolo, o impidiendo su ejercicio.

En general, en el punto de partida del juicio de razonabilidad –que en sus distintas aplicaciones se puede leer como un juicio de adecuación o como un juicio de motivación suficiente— hay una potente presunción de constitucionalidad que sitúa sobre quien combate la constitucionalidad de la norma, medida o actuación impugnada, la carga de probar su “irrazonabilidad”. La carga de la prueba se invierte, en cambio, cuando se aplica un canon reforzado de razonabilidad o, en los supuestos en los que se denuncia discriminación, cuando el juicio de adecuación se acompaña de un examen de “necesidad”.

En cuanto al principio de proporcionalidad --bajo la formulación “alemana” definitivamente incorporada por la jurisprudencia constitucional en la segunda mitad de los años noventa--, es hoy por hoy el criterio dominante para la decisión de controversias constitucionales en las que se denuncia la lesión de derechos o la indebida intromisión en ámbitos de actividad protegidos por la Constitución, por parte de normas, medidas o actuaciones que cuentan a su vez con respaldo constitucional. El Tribunal Constitucional ha especificado --y este es un rasgo crucial-- que el principio de proporcionalidad no es un principio autónomo que quepa invocar sin identificar el concreto precepto constitucional que se entiende vulnerado por la intervención desproporcionada.

La práctica del Tribunal aplicando el principio de proporcionalidad muestra algunos resultados interesantes. La aplicación del principio de proporcionalidad al control de leyes ha dado lugar a un buen número de sentencias interpretativas, en las que el Tribunal detalla bajo qué condiciones de aplicación la ley no incurre en exceso. En cuanto al análisis de proporcionalidad aplicado al examen de intervenciones policiales o administrativas, justificadas por razones de interés público y denunciadas por lesión de derechos --y en conexión con ellas, ciertas resoluciones judiciales (ej. autorizaciones de entrada en domicilio, intervención de comunicaciones, aprobación de pruebas periciales, permisos penitenciarios, imposición medidas cautelares)--, el resultado es también la identificación por parte del Tribunal de condiciones o reglas de modo, tiempo o lugar capaces de contener la intervención del poder público dentro de los límites constitucionales. Lo que en conjunto da lugar a un importante *case law*, un corpus de reglas de origen jurisprudencial que contribuye directamente a definir el alcance de los preceptos constitucionales, fundamentalmente --aunque no sólo- en materia de derechos. Indudablemente, contar con este derecho constitucional “concretizado” por obra de la jurisprudencia constitucional, hace más fácil reconocer y distinguir las actuaciones de los poderes públicos “conformes” con la Constitución, si bien esto se consigue a costa de ir añadiendo contenidos no escritos en la Constitución.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Se mencionan a continuación algunos estudios específicamente centrados en el análisis de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española

Javier Barnés, coord. Número monográfico: El principio de proporcionalidad, *Cuadernos de Derecho Público*, num.5, 1998

Angel Carrasco Perera, “El ‘juicio de razonabilidad’ en la Justicia Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 11 (1984), pp. 39-106

Markus González Beilfuss, *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor (2003)

Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid (1996) y “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 91 (2011), pp. 11-29

Jesús R. Mercader Uguina, “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y ‘canon reforzado’ de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, num. 73 (2008), pp. 127-146

Isabel Perelló Domenech, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, num. 28 (1997), pp. 69-75 y “Notas sobre el concepto de razonabilidad y su uso en la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia*, num. 46 (2003), pp. 75-81