

LEGALIDAD CONSTITUCIONAL, EXCLUSION DE CONTROL JUDICIAL Y DISCRECIONALIDAD TECNICA

POR

EDUARDO COCA VITA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES DEL CASO EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—III. EL POSTERIOR RECURSO DE AMPARO EN VÍA CONSTITUCIONAL: A) *Su viabilidad formal como cuestión previa.* B) *El objeto de este recurso de amparo en relación a las antiguas exclusiones legales de control judicial y su derogación constitucional.* C) *Razones que sostenían la petición de amparo constitucional.*—IV. LA POSTURA NEGATIVA Y ANTICONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA DE LA SALA QUINTA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1980: A) *Su tesis y pretendidos argumentos.* B) *Critica de la Sentencia de la Sala Quinta y razones para hacerla:* a) *La aplicación primaria de los preceptos constitucionales.* b) *La derogación constitucional directa de todo precepto contraventor de derechos fundamentales.* C) *Precedentes contrarios a la solución de la Sentencia criticada:* a) *Ejemplos sacados de los Tribunales.* b) *Ejemplos extraídos de la actuación de la propia Administración.* D) *La falta de virtualidad del artículo 117.3 de la Constitución en este asunto.*—V. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONFORME A LA TESIS DEL RECURRENTE Y SU INDUDABLE CORRELACIÓN Y APLICACIÓN AL CASO.—VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 16 DE MAYO DE 1983 Y SUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—VII. PROCESO A LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL: SU ANÁLISIS CRÍTICO: UNA DE ARENA SOBRE OTRA DE CAL: A) *La discrecionalidad técnica como sucedáneo —y motivación— de la legalidad formal excluyente: Sus consecuencias.* B) *La interpretación lógica de las contradicciones de la Sentencia en relación con las circunstancias del caso, dejando a salvo el posible control de la discrecionalidad técnica.* C) *La definitiva necesidad de descartar otra solución por el retroceso que comportaría en el enjuiciamiento de la Administración: Indiscutible control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio está basado en un caso real que, sobre el hilo de su desarrollo, me va a permitir comentar una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional con la que se reafirman criterios anteriores, pero que introduce matizaciones no siempre convincentes, y a mi modo de ver peligrosas, por el riesgo que puedan comportar para intentar reconducir las exclusiones legales de control jurisdiccional de antaño a una nueva figura de excepción (y haciéndola pasar por una causa consagrada por el Tribunal Constitucional), la de la «discrecionalidad técnica», además de implicar, al menos aparentemente, una contradicción con fallos constitucionales anteriores y con la doctrina que los sustentaba, más ilustrativa quizá que los mismos pronunciamientos dispositivos.

No tengo pretensiones dogmáticas, ni está en mi ánimo ni en mis posibilidades formular un estudio completo del problema, al que tampoco veo aún con la suficiente tradición como para someterlo a una reflexión científica profunda. En aras de la sencillez y la simplicidad de comprensión utilizaré el más fácil método descriptivo, aun a costa de perder la brillantez o profundidad que a un tratamiento de esta naturaleza otros darán, o han dado ya.

II. ANTECEDENTES DEL CASO EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En noviembre de 1978, se interpuso ante la Sala 5.^a del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo núm. 508.945, que tenía por objeto impugnar un acuerdo del Consejo Superior de la Armada, aprobado en sesión de 15 de septiembre de 1978, por el que se confirmaba otro del propio Consejo de 31 de mayo de 1978 al desestimar el recurso de revisión contra él interpuesto por un coronel de Infantería de Marina, sobre su clasificación para el ascenso; asimismo, se dirigía el recurso contra los Reales Decretos 1650/78, de 10 de julio («Boletín Oficial del Estado» del 11) y 2247/1978, de 18 de septiembre («Boletín Oficial del Estado» del 23), por los que ascendían a generales de Brigada de Infantería de Marina sendos coroneles, más modernos que el recurrente, para el que estos Reales Decretos y los ascensos que contenían constituían actos lesivos que le postergaban en su carrera militar al tener que dejar de ocupar número en el Grupo «A», quedando congelado y sin posibilidad definitiva de ascender.

Al formalizar este recurso advertía el recurrente con toda claridad en su escrito de demanda que, pese a que la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre escalas y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada, limitaba la impugnación contencioso-administrativa a los vicios de procedimiento, excluyendo la posibilidad de enjuiciar el fondo, *tal situación había venido a ser modificada por el artículo 24.1 de la Constitución, que al consagrar el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos y proscribir en términos absolutos la indefensión jurisdiccional, había derogado toda posibilidad de excluir del recurso contencioso-administrativo a ciertos actos de la Administración, ni siquiera por medio de ley formal, posibilidad recogida antes en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción*

Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. Dicho artículo 24 de la Constitución, decía el recurrente —y es hoy indiscutible—, que debía entenderse inequívocamente como un precepto de aplicación inmediata por los Tribunales ordinarios, a tenor del artículo 53.1 y de la disposición derogatoria tercera de la propia Constitución.

De acuerdo con este razonamiento, el demandante sostenía la procedencia de fiscalizar el fondo del asunto, y no sólo los vicios de forma, que eran jurisdiccionalmente revisables, incluso antes de la Constitución. Resultaba, pues, intrascendente que en el suplico de la demanda no se explicitara detalladamente la extensión de la pretensión al examen de todas las cuestiones de fondo para declarar la ilegalidad o nulidad de los acuerdos recurridos. Pero ello no significa, en modo alguno, que el suplico se limitase a solicitar la declaración de nulidad formal, como, por lo demás, se deducía del planteamiento general del recurso. Confirma la corrección del planteamiento del demandante el hecho de que ya por entonces la doctrina y jurisprudencia se pronunciaban abiertamente por el control pleno de la legalidad de este tipo de decisiones sobre clasificaciones militares pese a la estricta formalidad y rango de la ley excluyente (Ley 78/1968) y de la autorizante de la exclusión (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956). Ni siquiera impidió este planteamiento el recelo a una declaración de inadmisibilidad de la acción ante la posición de una cierta jurisprudencia previa sobre el asunto y la regulación legal formal anterior, optando abiertamente el recurrente por la fórmula cautelara de recoger en la demanda del recurso contencioso-administrativo los más claros razonamientos sobre legalidad de fondo de los acuerdos recurridos, huyendo de presentarlo como una impugnación meramente formal y abstracta que pudiera hacer temer la declaración de inadmisibilidad pura y simple sin más del recurso (1).

(1) En la demanda el recurrente no pedía, como es obvio, que la Sala le ascendiera a general o le clasificara como tal, pretensión que hubiera sido impropia no sólo entonces en aquel momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo, sino incluso ahora por muy avanzado que el Derecho constitucional y el recurso contencioso-administrativo puedan estar, y por más fallos que haya habido de recursos de amparo garantizados de la defensa plena de los administrados ante toda forma de actuar administrativa.

Lo que el demandante pedía era que el juicio técnico sobre su vida y carrera militar (y sobre la vida y carrera de sus compañeros a los que afectaba la resolución recurrida) fuese pleno y legal, sin mutilaciones ni omisiones, sin arbitrariedades y sin tergiversaciones, que tanto podían ser las elusiones de datos o alteraciones de circunstancias reales concurrentes en el demandante como la supervaloración o contemplación de circunstancias convencionales de los colegas que estaban en lid para un orden clasificatorio. La demanda no pretendía

Por Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1980 (*Aranzadi* 3278), se falló este recurso contencioso-administrativo con la inhibición expresa por parte del Tribunal en

que la Sala Contencioso-Administrativa clasificara por sí al recurrente o lo promoviese directamente al generalato. Pretendía que la clasificación que hiciera la Administración «Técnica» de Marina lo fuese teniendo en cuenta todos los datos, factores y circunstancias que exige la ley y que constan en la historia y vida militar de los clasificados.

Alegar, plantear y ordenar el pleito sobre ello no era una cuestión de discrecionalidad técnica, ni de fondo, incluso; era una cuestión, hasta si se nos apura, de estricta formalidad. Por lo que en modo alguno cabe admitir —y confirmar un fallo— que se limitó a decir que no entraba en el conocimiento de esa problemática, porque no se pedía juicio de fondo y porque la Administración era soberana para así actuar. Podrá ser soberana para clasificar u opinar, nunca para mutilar los datos y factores a tener en cuenta en la labor de clasificación.

Lo que decimos es que la demanda denunciaba concretas y graves omisiones de trascendente consideración en la valoración y clasificación, omisiones que el propio expediente remitido por la Administración para la sustanciación del recurso parecía acreditar. Parece útil resumir aquí al menos, para la ilustración del lector que no conozca el asunto, las omisiones que fueron denunciadas en la demanda:

1.º Las Propuestas (es decir, la *exposición de motivos y razones*) de las Cruces de Mérito Naval concedidas al demandante, documentos exigidos por el Real Decreto 2008/78 (y los anteriores que éste deroga), en su artículo 22 (*Preceptivos: Expediente personal de recompensas*) y el artículo 68 del Reglamento del Consejo Superior de la Armada, aprobado por Orden de 7 de marzo de 1969. Haciendo notar que se dice «recompensas y sus motivos» (punto 4.1.2 de la *Guía para la actuación de los Organos de Trabajo*).

La omisión denunciada podía ser muy grave, especialmente por lo que hace a una importantísima Propuesta de Cruz de Mérito hecha en 1976 por el capitán general correspondiente y que el demandante denunciaba no ser conocida ni haberse tenido en cuenta, pese a su amplitud y extensión desusadas.

2.º La Hoja, con observaciones y conceptos, que en el Organos de Trabajo debe superponerse al Historial. Se trata de la «Hoja Transparente» de que habla la *Guía para la actuación de los Organos de Trabajo* en su página 5, apartado 4.1.3 *in fine*.

La omisión de esta Hoja parecía de capital importancia porque permitía comprobar que el Organos de Trabajo no tuvo en cuenta que en los años 1962-1964 (del máximo mando del recurrente) alcanzó felicitaciones personales escritas y verbales, felicitaciones colectivas a su fuerza y una Cruz de Mérito Naval, todo ello concedido por los almirantes *mandos operativos* sobre el recurrente y la fuerza de su mando.

Asimismo, tal Hoja serviría para acreditar haberse tenido en cuenta los informes primeros del contraalmirante del Alto Estado Mayor, pero no los segundos y posteriores, notoriamente más favorables del mismo contraalmirante.

3.º La total y absoluta omisión de toda la documentación referente a los otro ocho coroneles «contrarios» o implicados, sin que se enviase por la Administración demandada un solo dato de sus expedientes ni se hiciese la más mínima mención o referencia a los criterios, ni aun genéricos, ni a los motivos de su ordenación, puesto que ni siquiera dijo en qué número de orden elegible quedaron ni si supuso alteración alguna con respecto a su orden escalafonal. Tampoco se indicaba cómo y por quién fue votado cada uno.

4.º Todas estas omisiones denunciadas servían, además, para fundamentar jurídicamente en la demanda un motivo que consideraba la *valoración realizada de los datos personales del demandante por el Consejo Superior de la Armada como absolutamente incompleta, en cuanto no se habían tenido en cuenta datos*

el enjuiciamiento del fondo del asunto, al que no se consideró recurrible, por dar prioridad aplicativa a la excepción contenida en la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, a la que vino a atribuirse aplicación

preceptivos exigidos por las disposiciones legales aplicables, con infracción del artículo 8.º de la Ley 78/1968 y del artículo 22 del Decreto 2008/1978.

a) El primer precepto puede entenderse de importancia fundamental, en cuanto que establece una regla general de *extrema minuciosidad* en el examen de las circunstancias de los interesados. Pero la misma redacción confiere un giro muy importante a esta valoración, desde el momento en que ordena valorar especialmente la actuación profesional en caso de guerra o *grave responsabilidad* y destinos de embarco, mando o dirección (pues es precisamente en estas circunstancias donde se aprecia la auténtica fibra militar de la persona).

Al no estar recogidas estas cuatro excepcionales circunstancias del recurrente (el de *más* condecoraciones, el de *más* títulos profesionales, el de *más* tiempo de mando y el de *más* número de ejercicios anfibios) en la indicada Hoja, el presidente del Organismo de Trabajo y uno de los vocales no tuvieron conocimiento de ellas y mal podrían reflejarlas en la «Hoja de clasificación». En todo caso, y cualquiera que sea su causa, parecía implicar una *falta formal grave* y obligada a reelaborar el expediente de clasificación para su subsanación.

b) Otra omisión significativa denunciada era la producida en el Consejo Superior de la Armada al valorar la personalidad de los coroneles sin tener en cuenta la total documentación de valoración preceptiva, exigida por el artículo 22, 1, del Decreto 2008/1978, que actualizó el Decreto 49/1969:

«a) Hojas de servicios. b) Colección de informes personales y hojas-resumen. c) Informes de las escuelas o centros sobre los cursos o estudios realizados. d) Hojas de hechos y expediente personal de recompensas. e) Informes de reconocimientos sicológicos periódicos y no periódicos.»

Tal documentación, se indicaba en la demanda, es de *valoración absolutamente obligatoria*, y, sin embargo, se denunciaba que no se tuvo en cuenta en una gran parte. Así, por lo que hace al apartado de «Informes de las escuelas o centros sobre los cursos o estudios realizados», no había informes del recurrente ni del curso que realizó en los años 1965-68 en la Escuela de Estado Mayor del Ejército (el importantísimo curso para obtener el preciado diploma de Estado Mayor, la «faja azul» de Estado Mayor). Constaba: «No informado».

c) En la «información potestativa» se comprendían doce Ejercicios de mando de Fuerza de Desembarco (es decir, situaciones de *máxima responsabilidad profesional*). Sin embargo, el Organismo de Trabajo sólo contabilizó tres.

5.º Por otro lado, el recurrente denunciaba también la omisión de no pedir la opinión de diez coroneles o capitanes de navío y once generales o almirantes, todos ellos superiores y mandos o testigos de excepción, entre ellos dos generales (inmediatos y anteriores comandantes generales del Cuerpo), que observarón al demandante y presenciaron sus actuaciones de la mayor responsabilidad, *sin que le informaran*, por razón de que eran tres escalones superiores y sólo informa el inmediato y refrenda el siguiente. Es decir, estos generales jamás informaron específicamente sobre el recurrente.

Por lo demás, parece necesario añadir algo en orden a la importancia del objeto litigioso, de la que puede dar idea el hecho de que la Escala de Tierra y Grupo B, definida con algún eufemismo en el artículo 3.º, 2, de la Ley 78/1968, constituye una auténtica vía muerta, un *status* de segundo grado para aquellos profesionales que no están capacitados para las misiones que la Marina exige; en términos sencillos, da lugar a una situación de semirretiro, agravada por el hecho de que tiene carácter absoluto e irrevocable. Según el artículo 4.º, 1, de la propia ley:

preferente por encima mismo del artículo 24.1 de la Constitución, que se pretende relegar a la condición de un mero principio general de orientación o inspirador de las futuras normas de desarrollo. Así se indica en concreto en el Considerando 1.º de la Sentencia, en los términos que luego veremos, cuando tengamos ocasión de transcribirlo.

Con ello era evidente que se había producido la violación del derecho a la defensa plena del demandante, derecho cuya restitución se pretendió con un posterior recurso de amparo, al que sirvieron de fundamento los argumentos que seguidamente se exponen.

III. EL POSTERIOR RECURSO DE AMPARO EN VÍA CONSTITUCIONAL

A) *Su viabilidad formal como cuestión previa*

Dejando a un lado otras cuestiones de detalle, que no es del caso traer a este estudio, quizá puede ser oportuno recordar, para no perder el hilo del relato, en un orden de aspectos formales, que:

«El pase de la Escala de Mar a la de Tierra, o de los Grupos A a los B, *tendrá siempre carácter definitivo.*»

Resulta, pues, fácilmente comprensible la trascendencia de las resoluciones recurridas sobre la vida profesional del demandante. El pase a «s/n» o al Grupo B supone una verdadera congelación definitiva de la carrera profesional de un militar de Marina, relegándolo a puestos burocráticos de carácter secundario y mutilando de manera definitiva toda posibilidad futura de progreso y promoción militar.

Todo ello viene a resaltar, una vez más, la evidente necesidad de un cumplimiento riguroso de las leyes cuya aplicación puede comportar tales efectos. Una declaración tan seria no puede, evidentemente, hacerse de modo ligero, sino antes bien, como la ley exige, tras «el análisis *más minucioso y fidedigno posible* de las circunstancias de los interesados en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional» (art. 8.º). Esta circunstancia, unida al carácter infiscalizable que tenía tradicionalmente el fondo de estos asuntos y que pretende siempre hacerse valer por la Administración en base al odioso y anticonstitucional precepto de las leyes de lo Contencioso-administrativo (artículo 40, f), y 78/1968 (disposición adicional tercera)), potencia a un grado insólito la trascendencia de las cuestiones de forma, que ya no pueden considerarse como problemas secundarios, sino de relevancia esencial, de auténtico orden público, por lo que escudarse en puros formalismos y con apoyo en principios de enjuiciamiento formal no parece de recibo.

Unase el hecho de que el recurso especial de revisión del recurrente en vía administrativa fue desestimado por mayoría (y no unanimidad) del Consejo Superior de la Armada.

En resumen, pues, se denunciaba una actuación arbitraria en la presentación y valoración de los méritos, méritos sobre cuya realidad no alterada debía producirse el juicio —discrecional ya— de la clasificación. La discrecionalidad de ésta no podía justificar esa arbitrariedad previa: ella misma tenía que producirse sobre datos reales y no alterados.

a) El derecho cuya tutela era objeto de recurso de amparo (el enunciado en el artículo 24, apartado 1, de la Constitución) es de los recogidos inequívocamente en la sección primera del capítulo segundo de la norma suprema, según exige su artículo 53.2 y el 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.

b) La legitimación del recurrente era indubitada, según el artículo 162.1 b) de la Constitución y, más clara aún, según el 46.2, de la Ley Orgánica del citado Tribunal, porque el demandante en amparo había sido parte recurrente en el proceso judicial en el que la violación del derecho a su defensa se había producido.

c) La competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso se deducía inequívocamente de lo dispuesto en el artículo 53.2 y 161.1 b) de la Constitución y artículo 2.º.1 b) de la Ley Orgánica 2/1979, correspondiendo la competencia a una de sus Salas y no al Pleno, de acuerdo con los artículos 10, 11 y 48 de aquella misma Ley Orgánica.

d) El recurso reunía todas y cada una de las condiciones exigidas por el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al que se acudió en súplica de amparo. Así:

— Se habían agotado por el demandante todos los recursos dentro de la vía judicial, puesto que se había producido la violación del derecho por una sentencia firme de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo no susceptible de ninguna nueva instancia o recurso (2).

(2) En los antecedentes de la sentencia que falló el recurso de amparo queda constancia de que precisamente con motivo de haberse interpuesto, también y paralelamente al mismo, recurso extraordinario de revisión ante la propia jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Constitucional, por Auto de 4 de febrero de 1981, apreció la necesidad de dejar en suspenso la tramitación del recurso de amparo, pues si bien la interposición de aquel recurso de revisión no era necesaria para agotar todas las vías previas (dado el carácter extraordinario del mismo), sin embargo —y comparto totalmente la solución—, una vez interpuesto *voluntariamente* por el recurrente, era preciso esperar su desenlace por si con él se reparaba el daño y la violación que constituía el objeto del amparo constitucional y, en definitiva, para considerar finalizada la vía jurisdiccional ordinaria antes de utilizar la constitucional, según exige la Ley Orgánica de ésta. Al fin y al cabo, faltaba un pronunciamiento final de la vía judicial ordinaria, en este caso la contencioso-administrativa, todo lo cual me parece que constituye un juicio y una solución correctísimas del Tribunal Constitucional; no sé si había tenido ya antes ocasión de decirlo o era ésta la primera oportunidad de interpretar y decidir un supuesto de indudable alcance general en la materia. En sentido contrario, parece estar la Sentencia de amparo número 61/83, de 11 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 9 de agosto, página 5 de la separata), conocida sólo en período de corrección de pruebas.

Tras la tramitación del recurso de revisión (cuyo relato no parece preciso traer aquí) se reanudó la del proceso constitucional, una vez que la Sala especial de revisión del Tribunal Supremo dictó Sentencia de 27 de febrero de 1982

— La violación del derecho a la defensa plena que se denunciaba era imputable de modo inmediato y directo a la Sala 5.^a del Tribunal Supremo (con independencia y abstracción habida de los hechos que dieron lugar al proceso), al negarse a entrar a conocer de todos los aspectos del asunto y no enjuiciar con plenitud y sin reservas la conducta de la Administración objeto de impugnación, *razonándose incluso expresa y detalladamente esta decisión en la propia Sentencia.*

— La invocación formal por parte del recurrente del derecho constitucional vulnerado (art. 24.1) se realizó en la demanda deducida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los momentos que constituyeron la primera ocasión propicia para hacer la invocación del derecho vulnerado.

— El recurso se interpuso dentro del plazo de veinte días siguientes a la notificación de la Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

e) Se cumplían, en fin, los demás requisitos formales exigidos a la demanda de amparo por el artículo 49.1, de la Ley Orgánica del Alto Tribunal y se acompañó el poder para pleitos que acreditaba la representación, así como la copia certificada de la sentencia cuya aportación exige el número 2 de este mismo artículo 49 de igual Ley Orgánica.

B) *El objeto de este recurso de amparo en relación a las antiguas exclusiones legales de control judicial y su derogación constitucional*

En el recurso de amparo constitucional objeto de estudio el recurrente solicitaba la protección del Tribunal Constitucional frente a la violación de su derecho a una tutela judicial plena y sin reservas, es decir, frente a la indefensión en que le había situado (en contra de lo dispuesto por el artículo 24.1 de la Constitución) la actuación de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo al negarle *de manera expresa* el derecho a que la actuación administrativa de su clasificación militar para el ascenso fuese fiscalizada a través del recurso contencioso-adminis-

—Aranzadi 533—, desestimando el recurso extraordinario interpuesto ante ella (expediente 306.333/80).

De esta forma no quedaba ya ningún remedio ordinario ni extraordinario en la vía jurisdiccional para restablecer el derecho del recurrente, que tenía, pues, expedito el recurso de amparo constitucional, ordenándose la reanudación de su tramitación (providencia de 21 de abril de 1982) y el emplazamiento de todas las partes para alegaciones como era de rigor.

trativo en toda su integridad y plenitud, no sólo en sus aspectos formales, sino también en los de fondo; indefensión causada de manera inequívoca por la sentencia, que había llegado a afirmar y «razonar» la inaplicabilidad de la Constitución frente a la simple Ley 78/1968, de 5 de diciembre.

En estas condiciones se pidió el amparo del Tribunal Constitucional para que se restableciera el derecho del demandante a su defensa íntegra vulnerado por la acción de un órgano judicial. Ni se entraba en motivos concretos de ilegalidad del acto administrativo inicial ni era necesario, estimo yo, alegarlos, porque no era ese el tema del amparo ni el Tribunal Constitucional tenía competencia para dilucidarlo, limitada como tiene su función (y el fondo de sus recursos de amparo) a la restitución del derecho constitucional lesionado, lo que en casos como éste implica una remisión al Tribunal ordinario contencioso-administrativo para que en él se dé satisfacción a ese derecho constitucional y *no al derecho ordinario material objeto del inicial recurso contencioso-administrativo*, derecho que luego puede o no concederse al estimarse o no dicho recurso contencioso-administrativo, lo cual legalmente no es, ni constituía en el recurso, específico motivo de amparo. Puede haber otros casos en que el derecho constitucional equivalga o coincida con el derecho material (por ejemplo, la igualdad jurídica, que puede aplicar el propio Tribunal Constitucional), pero en este caso no, porque el derecho constitucional a la defensa plena es un derecho formal y procesal, no material, que no define, por tanto, el derecho a que la demanda sea estimada en cuanto al fondo, sino sólo a que sea examinada y enjuiciada en su integridad (3).

(3) En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal, cuya Sala Primera, en Sentencia número 32/1982, de 7 de junio, dictada en recurso de amparo 234/1980 (separata del «BOE» de 28 de junio de 1982, referencia 16.310, pp. 10 a 14), llega a decir:

«El artículo 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional limita la función del Tribunal Constitucional, en el caso de recursos de amparo respecto de decisiones de los jueces y tribunales, a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, debiendo abstenerse de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.»

En la misma línea, la más reciente Sentencia de la Sala Segunda número 58/1983, de 29 de junio, recaída en recurso de amparo número 463/1982 (separata del «BOE» de 15 de julio de 1983, referencia 19.851, pp. 22 a 24), cuando afirma:

C) *Razones que sostenían la petición de amparo constitucional*

Eran razones que sostenían la pretensión de obtener el restablecimiento del derecho constitucional a la defensa plena las que fundamentalmente se traen a este lugar porque forman parte de la intención descriptiva de este trabajo y porque ilustran su construcción de cara a la conclusión final que con él pretendemos.

La disposición adicional 3.ª de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, disponía literalmente:

«Contra los actos y resoluciones que se adopten por aplicación de la presente ley, en lo que se refiere a clasificación y sus consecuencias, se dará recurso de revisión ante el Consejo Superior de la Armada fundado en error de hecho.

Contra una u otra resolución no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento.»

De la dicción de este precepto se deduce evidentemente que la exclusión de revisión judicial de esta concreta actuación administrativa era clara y cumplía los requisitos precisos exigidos por la *legislación anterior* a la Constitución (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, artículo 40 f) y su jurisprudencia aplicativa (valga por todas la Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977, *Aranzadi* 3823), que permitía que mediante ley formal se excluyesen determinados actos del control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero estos preceptos y esta jurisprudencia, aplicables en el régimen anterior, resultaban ya tras la promulgación de la Constitución com-

«En un recurso de amparo constitucional como es el que ahora decidimos, la materia objeto de examen y decisión ha de ser *exclusivamente* la de alcance constitucional, pues no compete a este Tribunal adoptar decisiones respecto del modo en que haya de entenderse, interpretarse o aplicarse la legalidad ordinaria, con la única excepción de aquellos casos en que por la vía de la legalidad ordinaria se pongan en juego o se vulneren derechos de carácter fundamental, reconocidos en la Constitución y situados dentro de ella en el capítulo I del título I que posean contenido sustantivo propio.»

pletamente inaplicables y habían de considerarse derogados a partir de la vigencia de la nueva Constitución española de 27 de diciembre de 1978, con cuyo artículo 24.1 entran en contradicción frontal al establecer:

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.»

No parece ocioso recordar aquí a propósito de este precepto:

a) Que está incluido sistemáticamente en la sección 1.^a («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas») del capítulo 2.^o («Derechos y libertades») del título I («De los derechos y deberes fundamentales») de la Constitución, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce tiene la condición de *derecho fundamental* del grado más fuerte y enérgico (art. 53.2 de la propia Constitución).

b) Que tiene por contenido el disfrute de una tutela judicial efectiva y plenaria de cualquier derecho o interés legítimo, sin limitación alguna a clases o categorías determinadas de derechos o intereses.

c) Que este derecho fundamental pertenece a «todas las personas» sin distinción, según dispone taxativamente el precepto constitucional, por lo que no cabe negar dicha titularidad a determinados círculos de personas en razón a su situación personal, su sometimiento a fuero especial (*como el castrense*) o a cualquier otra circunstancia, en cuanto ello supondría una discriminación no autorizada por el texto constitucional y, por tanto, prohibida con carácter general por el básico artículo 14 de igual texto, que encabeza toda la regulación de los derechos y libertades bajo el principio común de una total igualdad jurídica.

A su vez, la prevalencia del texto constitucional sobre la ley ordinaria que contradice sus principios la establece la propia Constitución tanto en el artículo 53, apartados 1 y 2, como en el punto 3, de su disposición derogatoria, al dejar sin efecto cualquier precepto o norma que sea contrario a los que ella misma contiene.

IV. LA POSTURA NEGATIVA Y ANTICONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA
DE LA SALA 5.^a DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1980

A) *Su tesis y pretendidos argumentos*

¿Por qué, pues, si esto es así, la Sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980 había negado el derecho del recurrente a su completa defensa, razonando expresamente que no entraba a conocer del fondo del asunto?

Sencillamente, por sostener una tesis desafortunada y poco ortodoxa (dicho en términos de mera crítica científica), tratando de esquivar el supremo rango constitucional a base de configurar el artículo 24.1 como un principio sin fuerza normativa y no como un precepto legal aplicable directamente. Al mismo tiempo, invoca en apoyo de su tesis (que no es otra cosa que una violación constitucional) el artículo 117 de la Constitución, el cual no admite la interpretación que la Sala 5.^a del Tribunal Supremo ha pretendido darle.

Los razonamientos de la Sentencia objeto del recurso de amparo que está en la base de este estudio y que pretenden justificar lo que no era sino la violación del derecho del recurrente a una defensa plena, están contenidos en su primer Considerando, que dice:

«... en sus alegaciones pretende que el párrafo segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 78/68, que dispone que contra las resoluciones del Consejo Superior de la Armada no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento, ha quedado derogado por el artículo 24 de la Constitución, y puede entrarse también a decidir sobre el fondo del asunto, o sea, sobre la calificación efectuada, y realizarse la procedente por el Tribunal; pero, aparte de que *tal disposición constitucional es una declaración de derechos, y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales, el párrafo 3 del artículo 117 de la misma Constitución establece que "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados*

y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, lo que lleva a que la extensión de la competencia ha de ser fijada por éstas, sin que haya quedado derogada ni la disposición citada, ni el artículo 40 de la ley de esta jurisdicción...»

B) *Crítica de la Sentencia de la Sala 5.^a y razones para hacerla*

La tesis que expone esta Sentencia era y sigue siendo totalmente inadmisibles —con todo el respeto que la Sala nos merece— y ello por las razones siguientes:

a) *La aplicación primaria de los preceptos constitucionales*

En primer lugar, el artículo 53.1 de la Constitución claramente dice que el derecho consagrado en el artículo 24.1 (por su situación sistemática) es uno de los que *vincula a todos los poderes públicos*, carácter que tienen, indudablemente, los Tribunales de Justicia.

En el mismo sentido, el propio artículo 53 en su punto 2 concede a cualquier ciudadano la facultad de recabar la tutela de este derecho *de manera inmediata y sin necesidad de desarrollo ninguno*.

Por el contrario, el punto 3 del artículo 53 concede la denominación de principios (no de derechos) a los reconocidos en el capítulo tercero, a los que no hace de aplicación inmediata y de los que es preciso un desarrollo normativo, puesto que para ser alegados ante la jurisdicción ordinaria es preciso hacerlo «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Está, pues, absolutamente claro que el derecho a la defensa plena no es un mero principio informador de la actuación de los poderes del Estado («legislación positiva, práctica judicial y actuación de los poderes públicos», según la dicción constitucional), sino un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos, *vinculante* de manera inmediata para todos dichos poderes y, en consecuencia, tutelado por la máxima vía del recurso de amparo.

El artículo 24 de la Constitución pertenece a la parte de la misma de directa e inmediata aplicación sin necesidad de disposición legal ordinaria alguna de desarrollo. La directa aplicabilidad de la regulación constitucional de los derechos fundamentales resulta especialmente clara en el número 2 del citado artículo 53, que faculta a cualquier ciudadano a «recabar la tutela» de los derechos fundamentales

«ante los Tribunales ordinarios» y posteriormente en amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (como reitera al artículo 161.1 b). Si los Tribunales ordinarios han de tutelar los derechos fundamentales en la forma que los ha delineado la Constitución, quiere decir que esta será la norma a aplicar en dicho proceso de tutela. A su vez, si el Tribunal Constitucional, que es el defensor de la Constitución y está sólo sujeto a ella y a su Ley Orgánica de 3 de octubre de 1979 (art. 1.º de la misma), ha de amparar esos derechos, quiere decirse que la norma material del amparo a prestar será la propia Constitución, único parámetro material de sus Sentencias. El artículo 55.1 b) de dicha Ley Orgánica lo subraya expresivamente, al decir que la sentencia que otorgue el amparo reconocerá el derecho fundamental de que se trate «de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado» (4).

b) *La derogación constitucional directa de todo precepto contraventor de derechos fundamentales*

Por lo demás, de la aplicabilidad directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y —por si fuera ello insuficiente— de la disposición derogatoria número 3 de la Constitución se deriva que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de los referidos derechos, contrarias a la contenida en la norma básica, han quedado directamente derogadas. Dicha disposición derogatoria, es, en efecto, clara, al prescribir que

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

En los estudios indicados en la nota anterior (así en el *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 114) se expone cómo esta derogación es directa en materia de derechos fundamentales (entre los que se in-

(4) Esta tesis está más desarrollada en el *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1983, 4.ª edición, tomo I, pp. 112 y 113, y en el libro del primer autor citado, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, 2.ª edición, pp. 74 y ss., a los que para evitar excesivos desarrollos nos remitimos, destacando, no obstante, de manera especial, que, como el profesor ENTERRÍA hace notar en la página 77 de su libro, la tesis de la aplicación directa de la Constitución en materia de derechos constitucionales se ha generalizado ya y puede darse por pacífica en la jurisprudencia hasta el punto de que el Consejo General del Poder Judicial en abril de 1981 propuso su incorporación al Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.

cluye, sin duda posible, el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1), «... sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional...», por lo que «... la derogación puede ser comprobada, como es normal en todo efecto derogatorio, por el juez que esté entendiendo del caso, incluso de oficio, por virtud de la regla *iura novit curia*...».

Esta segunda argumentación resulta oportuna para desvirtuar la tesis errónea de la Sentencia dictada por la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, pues tiene la evidente trascendencia práctica de que los jueces contencioso-administrativos han de estimar necesariamente derogado el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción, en cuanto permitiría excluir por otras leyes (y así en el caso concreto enjuiciado) ciertas materias administrativas del control judicial. Tal derogación ha de apreciarse y efectivamente aplicarse para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier derecho o interés legítimo (artículo 24 —y, correlativamente, 103.1 y 106.1—, que prohíbe que *en ningún caso* se produzca indefensión).

Los dos últimos preceptos constitucionales citados no son ni mucho menos ajenos a la problemática que aquí se trata, por lo que parece necesario transcribirlos, pues a la par que el más destacado artículo 24.1 (ya citado repetidamente) fundamentan de manera preeminente la solución que aquí defendemos:

«103.1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*»

«106.1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

No hay excepciones a estas reglas, que desarrollan en el ámbito del Derecho administrativo el derecho fundamental del artículo 24.1.

C). Precedentes contrarios a la solución de la sentencia criticada

A mayor abundamiento, esta tesis que el demandante en amparo defendía ya era, por entonces, la tesis de los Tribunales y de la pro-

pia Administración pública, por lo que hacía aún más sorprendente la negación del derecho operada por la Sala 5.^a en el caso que nos ocupa. Valgan los siguientes ejemplos, que no son en modo alguno *numeros clausus* y que se refieren fundamentalmente a momentos previos a la Sentencia de la Sala 5.^a, objeto de comentario:

a) *Ejemplos sacados de los Tribunales*

— La *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979*, sobre reconocimiento del derecho de asociación, cuyo considerando tercero dijo literalmente:

«...al estar inspirada la Constitución española en principios y concepciones en gran medida contrarios a los que sirvieron de base a las leyes fundamentales para su desarrollo, se pueden plantear —y de hecho se plantean en estos autos— conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico anterior y la norma constitucional, *los que siempre han de resolverse dando prevalencia a esta última, cuya disposición derogatoria, apartado 3, deja sin efecto todas las disposiciones que se opongan a lo establecido por ella.*»

— La *Sentencia de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1979 (Aranzadi 3182)*, que confirmó en todas sus partes la Sentencia anterior de la Audiencia Nacional, señalando para ello que:

«... *no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida*, usada en algunas ocasiones en situaciones de transición, cual la que atraviesa España al pasar de las viejas leyes fundamentales a la nueva Constitución, por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan y, aunque es cierto que ello constituye una innovación en el Derecho constitucional, *no por ello puede dejar de reconocerse eficacia inmediata al citado texto derogatorio*, el cual lleva, como causa ésta obligada, *la aplicación directa de la norma constitucional en todo cuanto ello sea necesario* para que el ordenamiento jurídico español siga siendo el todo cohe-

rente y absoluto que se deduce del actual párrafo final del artículo 1.º del Código civil, *donde se impone a los jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.*»

— La Sentencia, también de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1979 (Aranzadi 3183), sobre derecho de asociación, afirma que:

«... el de asociación es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución española (art. 22) y tutelado por los Juzgados y Tribunales ordinarios —artículo 53.2— en relación con las artículos 9.º.2 y 24 de la indicada Constitución...»

Para señalar luego que:

«... al estar inspirada la Constitución española en principios y concepciones en gran medida contrarios a los que sirvieron de base a las leyes fundamentales anteriormente vigentes y legislación inferior dictada para su desarrollo, se pueden plantear —y de hecho se plantean en estos autos— conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico anterior y la norma constitucional, los que siempre han de resolverse dando prevalencia a esta última, cuya disposición derogatoria, ap. 3, deja sin efecto todas las disposiciones que se opongan a lo establecido por ella».

— La Sentencia de 27 de octubre de 1979, de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo (Aranzadi 3841) que, en la misma línea, señala:

«... es inexcusable dejar constancia de la reciente vigencia de nuestro texto constitucional, en el cual, y en su artículo 33, se reconoce el derecho a la propiedad privada, la función social de cuyo derecho delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes, sin que nadie

pueda ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes, disposiciones todas que aún reconociendo que son escasamente innovadoras, por hallarse otras similares en los textos fundamentales precedentemente vigentes, *pero que obligan a ser entendidas ahora como de directa aplicación como lo es la Constitución que las contiene* (art. 9.º1 y 10 y disposición derogatoria 3), quedando por ello bajo la reserva constitucional la protección de todas las formas y especies de la propiedad privada...

b) *Ejemplos extraídos de la actuación de la propia Administración*

— La Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 22 de junio de 1978 («BOE» del día 29) aplica directamente el artículo 39.2 de la Constitución para rectificar la normativa sobre protección de las familias numerosas, extendiendo esta protección a las familias formadas por madres solteras.

— La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1978 («BOE» del día 30) aplica directamente los artículos 16.2 y 32.1 de la Constitución para entender derogados los artículos 42 y 86 del Código civil, razonando así:

«En efecto, el artículo 32.1 de la Constitución establece que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, y su artículo 16.2 señala que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Estas normas han de ser interpretadas de acuerdo con los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado (artículo 16.3) y de no discriminación por razón de religión (art. 14), y llevan forzosamente a la conclusión de que todos pueden acudir a la celebración del matrimonio civil con plena libertad de elección y sin necesidad de hacer declaración alguna sobre su religión, respecto a la cual el juez o cónsul no puede preguntar.

— La *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de abril de 1979* («BOE» del 18 de mayo) aplica directamente el artículo 32.2 de la Constitución, exponiendo que:

«Considerando que es innecesario resaltar el profundo cambio político-social, y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución española; concretamente en el régimen del matrimonio, la indisolubilidad de éste —que ya tenía inflexiones y matizaciones en el propio Derecho interno, a pesar de la declaración del artículo 52 del Código— ya no tiene rango constitucional y basta, a estos efectos, comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los Españoles con el artículo 32.2 de la nueva Constitución; y no es posible hoy estimar que sólo respecto del matrimonio canónico, su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución) impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas.»

— En esta misma línea vino a situarse también después el Real Decreto 2574/1982, de 24 de septiembre («BOE» del 15 de octubre), que modifica determinados artículos del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de marzo de 1965 en base a la siguiente justificación constitucional reflejada en su preámbulo:

«Los artículos 24.1, 106.1 y 117.5 de la Constitución que, respectivamente, proclaman el derecho de toda persona a la tutela de jueces y Tribunales, el sometimiento de toda actuación administrativa al control judicial y el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales de Justicia no son disposiciones programáticas sino normas imperativas de inmediata aplicación y con eficacia suficiente para derogar todos los preceptos que estén en contradicción con ellas, máxime cuando la disposición derogatoria, párrafo tercero de la propia Constitución, deja

sin efecto cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma.

Por ello, ha de entenderse que los artículos 10, 29, 31 y 32 de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963, *están derogados por la propia Constitución, en cuanto excluyen de la revisión jurisdiccional en vía contencioso-administrativa algunas de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia.* Si bien, las normas generales contenidas en los artículos 113 y 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, y el artículo 37.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 de diciembre de 1956, cubren el aparente vacío legal que la impugnación de dichas resoluciones podría plantear, *razones de seguridad jurídica hacen necesario acomodar determinados preceptos del Reglamento del Tribunal de Defensa de la Competencia, aprobado por Decreto de 4 de marzo de 1965, a la nueva situación resultante de las normas constitucionales citadas.»*

En resumen, pues, cabe pensar que la aplicabilidad directa (con la consiguiente derogación de la normativa anterior contradictoria con la misma) de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y, consecuentemente, del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos proclamado por el artículo 24.1 del texto constitucional, no ofrecía ya por aquellas fechas duda alguna a nadie y sólo la Sala 5.ª del Tribunal Supremo parece que se resistía a admitirlo. Ello significaba la derogación —a virtud del número 3 de la disposición derogatoria de la Constitución— de la exclusión que por la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, se disponía de cualquier recurso sobre el fondo de las decisiones en materia de clasificación militar, en este caso de las adoptadas por el Consejo Superior de la Armada.

D) La falta de virtualidad del artículo 117.3 de la Constitución en este asunto

Por último, no podía tampoco el recurrente dejar de hacer constar la opinión sobre la virtualidad del artículo 117.3 de la Constitución en este asunto, puesto que la Sala 5.ª del Tribunal Supremo lo

invocaba en apoyo de su decisión y, en efecto, con todo el respeto que ella pueda merecer, no se ve qué sentido puede buscársele a tal precepto para sostener que el artículo 24.1 de la Constitución exige un desarrollo legislativo y no ha derogado al 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y todos los preceptos de exclusión de tutela judicial a su amparo dictados.

El artículo 117.3 de la Constitución dice así:

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

Pues bien, según entendemos, parece absolutamente claro que lo que quiere decir este artículo es que por ley se organiza la justicia, se distribuyen las competencias, se regulan las instancias y los recursos ordinarios y extraordinarios, se fija la distribución funcional, territorial y orgánica de asuntos, etc., pero todo ello siempre sobre la base de que todos los ciudadanos y en todo lo que sean sus derechos o intereses deben tener la posibilidad de una defensa plena, con proscripción absoluta de la indefensión que no puede producirse *en ningún caso*. La regla del artículo 24 no exige desarrollo alguno para entenderse y aplicarse, y así lo confirma el artículo 53 de la Constitución, que lo hace directamente invocable ante los Tribunales y aplicable por éstos con la misma inmediatidad.

Siendo esto así, el artículo 117.3 de la Constitución no puede en absoluto ser invocado como cobertura constitucional de excepciones posibles al libre acceso de los ciudadanos a los Tribunales. Sería absolutamente absurdo que tan sagrado y supremo principio pudiera verse desvirtuado, o simplemente mutilado, por interpretación tan forzada, consistente en exigir una ley interpuesta para atribuir expresamente a cada Tribunal la competencia en el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos que excepcionalmente y de forma odiosa antes no eran posibles en algunas concretas materias.

Pero, en todo caso, en el supuesto que nos ocupa la cuestión no puede ofrecer duda alguna, ya que, una vez operada la derogación

de la excepción por la entrada en vigor de la Constitución, *lex superior*, es obvio que la competencia para conocer del recurso antes excluido, dada la naturaleza administrativa de los actos y órganos recurridos, quedó atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (y, concretamente, a la Sala 5.^a por ser el recurrente un funcionario público y el asunto propio de su *status*). La derogación de las exclusiones legales de tutela judicial supone, sin más, el retorno a una situación de normalidad, que ninguna duda ofrece sobre órganos competentes, tipo de recurso y alcance de la revisión jurisdiccional, al caer de lleno en los presupuestos del artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de aquella jurisdicción. El argumento de la Sentencia considerada era, pues, insostenible desde una interpretación conjunta de la Constitución, que la Sala 5.^a del Tribunal Supremo efectuaba en términos desafortunados y claramente erróneos.

V. PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONFORME A LA TESIS DEL RECURRENTE Y SU INDUDABLE CORRELACIÓN Y APLICACIÓN AL CASO

Cuando se interpuso el recurso de amparo objeto de comentario acababa de estrenarse en nuestro país, puede decirse, esta jurisdicción constitucional. El retraso sufrido en la tramitación del recurso, por causa especialmente de los hechos procesales detallados en otro momento (recurso extraordinario de revisión), motivó un largo paréntesis de casi dos años entre el inicio del recurso y la Sentencia, tiempo en el cual el Tribunal Constitucional había tenido ya ocasión de producir una importante doctrina sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales que, obviamente, no podía ser conocida por el recurrente en el momento de formular su escrito de interposición, lo que sucedía en noviembre de 1980, en la infancia del Tribunal Constitucional.

Pues bien, una de las cuestiones que habían quedado ya resueltas por jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en el momento del fallo era la relativa al alcance del artículo 24.1 de la Constitución con respecto a leyes anteriores, incluso la más concreta y específica (idéntica a la de nuestro supuesto) del control judicial de los actos o disposiciones de cualquier tipo antes excluidos del mismo por virtud del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

o cualquier otra dictada a su amparo. Y, más específicamente aún, había sido resuelto el caso de la exención de control de las decisiones administrativas del ámbito militar sobre su personal (5).

(5) A los pocos días de la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980, ni siquiera había transcurrido un mes, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de enfrentarse con el mismo problema que nos viene ocupando. Y el alto órgano constitucional adoptó solución radicalmente opuesta a la adoptada por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, aceptando en cambio de lleno el punto de vista que ya había expuesto la doctrina más caracterizada (así, GARCÍA DE ENTERRÍA, en *La Constitución como norma jurídica*).

Se trata del Auto número 60/80, de 22 de octubre de 1980, dictado por la Sala Segunda en recurso de amparo número 150/80 (Jurisprudencia Constitucional, tomo I, pp. 443-447, «Boletín Oficial del Estado», 1982), relativo también al asunto de un militar expulsado del Cuerpo de Mutilados de Guerra, cuyo recurso de reposición fue declarado inadmisibile, porque «las resoluciones dictadas en este tipo de expediente están expresamente excluidas de la vía contencioso-administrativa y, por ende, del recurso de reposición previo a dicha vía». Será al acudir a la vía de amparo cuando el Tribunal Constitucional siente la importante doctrina que se transcribe íntegramente a continuación, sin reparar en su extensión, porque toda ella y en su bloque posee un alto valor:

«Es cierto, en efecto, que el citado artículo 40, d), excluía de la vía contencioso-administrativa resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, como el que dio lugar a la Orden ministerial de 28 de septiembre de 1978, contra el recurrente. Pero también lo es que éste interpuso en su día recurso de reposición y que la orden que declaró la inadmisibilidad de éste es posterior a la entrada en vigor de la Constitución. De ésta se infiere que los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1) y que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos por parte de los jueces y tribunales (art. 24.1). Ahora bien, la excepción contenida en el artículo 40 d), de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración militar, es contraria al artículo 106.1 de la Constitución española, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela judicial de sus derechos, es contraria al artículo 24.1 de la misma, y como la disposición derogatoria tercera de la Constitución española deroga a "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución", el artículo 40, d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 ha quedado derogado y no puede ser invocado por ningún poder público —pues todos ellos están sometidos a la Constitución, según el artículo 9.1 de ésta— para impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa.»

Como ha tenido ocasión de señalar el profesor MARTÍN-RETORTILLO en su trabajo *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, número 95 de esta REVISTA, la doctrina sentada por este Auto del Tribunal Constitucional es tajante y clara dentro de su sencillez: el artículo 40, d), de la Ley Jurisdiccional ha quedado derogado. Adviértase que se habla del artículo 40, d), que es el que obstaculizaba la protección del derecho en el caso contemplado, pero la argumentación es absolutamente válida para cualquier precepto de alcance parecido, como puede ser el apartado c) o, sobre todo, el f) del propio precepto.

Otro supuesto de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional en esta línea está en el caso que se origina con la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1980 (Ar. 3827), en la que se cuestionó el ar-

No sólo esta cuestión había sido ya inequívocamente resuelta por el Tribunal Constitucional en términos claros que exigían sin más la traslación pura y simple de la resolución al caso presente, sino que su jurisprudencia en esta línea había merecido la debida atención doctrinal, con un elogioso comentario científico del profesor (y senador de la época constituyente), Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en el número 95 de esta REVISTA, páginas 7 a 40, bajo el título *Evolución reciente del contencioso-administrativo*.

De este trabajo no resulta inoportuno hacer una amplia transcripción, al menos de los más significativos pasajes, como el mejor argumento en pro de la tesis mantenida en el recurso y como un aval de la línea de opinión que sostengo aquí. *Máxime cuando precisamente en él, el profesor MARTÍN-RETORTILLO criticaba con objetividad (y por oposición a la doctrina sentada ya por entonces por el Tribunal Cons-*

título 421 de la Ley de Régimen Local sobre suspensión y destitución de alcaldes y concejales por el gobernador civil, por motivos graves de orden público y causas similares, precepto que culminaba con una cláusula expresa de exclusión del contencioso-administrativo.

En el caso de autos, el alcalde de Nava de la Asunción (Segovia) fue suspendido por el gobernador civil, y, tras ser denegada la alzada por el ministro de la Gobernación, interpuso contencioso-administrativo, pidiendo que se le repusiera en su cargo. La Audiencia declaró la inadmisibilidad del recurso, con apoyo en el artículo 40, f), de la Ley Jurisdiccional. El Tribunal Supremo, en apelación, confirmó la inadmisibilidad según este Considerando:

«Que siendo materia vedada a la Jurisdicción Contencioso-administrativa los acuerdos de suspensión y destitución de los presidentes y miembros de las Corporaciones locales, según determina el párrafo tercero del artículo 421 de la Ley de Régimen Local, es obligado confirmar la inadmisibilidad acordada en la sentencia recurrida, por cuanto dispone el apartado f) del artículo 40 de la Ley de esta Jurisdicción en relación con el c) del 82 de la misma, ya que con arreglo a los apartados y preceptos legales últimamente invocados están expresamente excluidos de esta revisión jurisdiccional.»

También el Tribunal Constitucional tendría en este caso oportunidad de enfrentarse con el problema al pronunciarse acerca de la corrección del artículo 421, párrafo tercero, de la Ley de Régimen Local, y que sería resuelto por la Sentencia de 2 de febrero de 1981 (separata del «BOE» de 24 de febrero de 1981, páginas 9 a 16), en el número 10, de cuyos fundamentos jurídicos puede leerse:

«C) El artículo 421 de la Ley de Régimen Local ha de ser también enjuiciado de acuerdo con las consideraciones generales efectuadas al comienzo del presente epígrafe, número 10, en virtud de las cuales hay que estimar inconstitucionales y derogadas:

— La exclusión del conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de los acuerdos de suspensión, dado el derecho de todas las personas a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos o intereses legítimos de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución.»

titucional) la propia Sentencia de 24 de septiembre de 1980 de la Sala 5.^a, que era la impugnada por el recurrente en el proceso de amparo que ha motivado mi comentario en este estudio. Lo que dotaba al trabajo del profesor MARTÍN-RETORTILLO de una utilidad innegable en la solución del recurso de amparo y justificó que lo asumiera el recurrente como una alegación de capital valor, en su simple y literal transcripción. Dice así, entre otras cosas, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en su comentado trabajo:

«1. Aludiré, en primer lugar, y está claro que no por orden cronológico, sino de importancia, a la *incidencia sobre la LJ de la Constitución*, más concretamente, a alguna de las vertientes de tal incidencia, pues el impacto es de gran entidad si se repara que todo el ordenamiento jurídico ha quedado coloreado con nuevos tintes a la luz de una Constitución que proclama y asienta en la cúspide de aquél el principio del Estado social de Derecho.

La LJ, que no podía menos de ofrecer las limitaciones propias del momento —y no se olviden las «peculiaridades» del sistema político en la España de 1956—, consagró la inmunidad del poder a propósito de una serie de materias con técnicas jurídicas diversas que, si cuestionadas o puestas en entredicho, no han dejado de surtir efecto y ser operativas en su intención respectiva. Prescindiendo en este momento de los actos políticos, excluidos en el artículo 2.º b) 1, *quiero referirme a la modalidad del apartado f) del artículo 40: bastaba que una ley excluyera del recurso determinados actos o grupos de materias para que se produjera el efecto de impedir el control jurisdiccional en ese ámbito*. Y no fue escaso, no es preciso recordarlo ahora, el uso que se hizo de tal posibilidad. Aun superadas expresamente las restricciones en materia de prensa y demás menciones del apartado b) del citado artículo 40, aquí y allá, a lo largo y a lo ancho del ordenamiento; seguían amparándose zonas de inmunidad. Pues bien, hay que entender que *la Constitución ha alterado los criterios y, a propósito de este punto concreto, ha dejado sin apoyo cualquier pretensión de inmunidad, cualquier obstáculo al enjuiciamiento juris-*

diccional. Tal es la interpretación, tan razonable, tempranamente sustentada con toda brillantez y energía por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Constitución como norma jurídica*, trabajo verdaderamente decisivo, que cito ahora en el volumen que el propio profesor madrileño codirigió, *La Constitución Española de 1978*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 130) y que hoy adopta buena parte de la doctrina, a la vista de *la inmediata aplicabilidad del texto constitucional*, de la fuerza superadora de su disposición derogatoria —párrafo tercero— teniendo en cuenta que si cabía esperar más afortunada reacción, con todo, *el artículo 106 establece con firmeza la regla del control sin excepciones de la actividad administrativa*, del mismo modo que el artículo 24 proclama el derecho a la justicia, con el mentís categórico a cualquier situación de indefensión. *En este sentido hay que entender que las restricciones al enjuiciamiento que traían causa del apartado f) del artículo 40 LJ, y leyes de desarrollo o concordantes —así, los propios apartados c) y d) del propio precepto— han quedado derogadas y no surten efecto desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución*. Ante esta interpretación, que yo comparto y me parece del todo razonable, las instancias afectadas están reaccionando de muy distinta manera. Se está produciendo una situación compleja, poco clara, más aún, se está jugando un juego que puede incluso resultar descorazonador, en cuanto testimonio de rechazo o, al menos, resistencia a la Constitución. Voy a exponerles a ustedes dos litigios concretos, muy recientes, que son bien representativos de esta situación de tensión.

El primero de ellos lo aborda y resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala 5.^a— de 24 de septiembre de 1980 (6) Y tiene ocasión de afirmar el Tribunal Supremo en el primero de los Considerandos: "...pretende que el párrafo segundo de la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968, que dispone que

(6). Se trata de la sentencia motivadora del recurso de amparo que sirve como base de este comentario y su estudio.

contra las resoluciones del Consejo Superior de la Armada no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento, ha quedado derogado por el artículo 24 de la Constitución, y puede entrarse también a decidir sobre el fondo del asunto, o sea, sobre la calificación efectuada, y realizarse la procedente por el Tribunal; pero aparte de que tal disposición constitucional es una declaración de derechos y no expresa la forma y los medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales (...) *sin que haya quedado derogada ni la disposición citada ni el artículo 40 de la ley de esta jurisdicción....*"

La afirmación del Supremo es tajante respecto al punto que nos interesaba: ni ha quedado derogado el artículo 40 LJ ni el complementario de la ley especializada. *Incluso sorprende sobremanera esa afirmación de que "tal disposición constitucional es una declaración de derechos y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales"*. No sé si es una manera de recabarse al viejo criterio de que las Constituciones son normas programáticas, no vinculantes, criterio hoy sin duda anticuado y que la propia Constitución de 1978 se ha cuidado muy mucho de que quedara superado, allegando, precisamente, las técnicas jurídicas adecuadas, una de las cuales es, por cierto, la ampliación del campo de competencias de los Tribunales para poder entrar en dominios antes exentos.

Por eso, a la vista de constatación tan elemental, me sorprende más esta afirmación tan tajante, que no se detiene además el Tribunal en razonar, pues se ofrece carente de apoyaturas jurídicas o lógicas, saliendo al paso de las alegaciones del recurrente, pero tomando partido al mismo tiempo en contra de la corriente doctrinal antes apuntada, cuando ya la Constitución llevaba casi dos años de vigencia, de que el artículo 40 LJ —lo mismo que las disposiciones concordantes— no ha quedado derogado.»

En conclusión, parecía inevitable la estimación plena del recurso de amparo de autos, no sólo por toda la serie de fundadas razones del escrito del demandante, sino también, y *muy especialmente*, porque tocaba una cuestión ya decidida y resuelta en casos total y absolutamente idénticos, habiéndose producido el definitivo pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las exclusiones e inmunidades al control judicial contenidas en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Con lo que parecía fácil concluir en la concesión del amparo, ya que la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de septiembre de 1980 lo que venía a sostener era precisamente todo lo contrario: que el artículo 24.1 de la Constitución era un principio y no un precepto, permaneciendo vigente el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, negándose, por ello, el acceso pleno del recurrente a la justicia y desamparándole en su derecho fundamental de defensa sobre el fondo de su problema. *Este fondo (y no sólo su forma) debía ser analizado, estudiado, enjuiciado y fallado en toda su dimensión y consecuencias por la Sala 5.ª del Tribunal Supremo* ante quien se interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo, independientemente del rechazo o estimación de éste, lo que, evidentemente, no forma parte del amparo constitucional y entra en la soberanía juzgadora del Tribunal Contencioso-Administrativo que está obligado a dar, eso sí, un *juicio pleno* sobre todas las cuestiones planteadas en su fondo, en vez de un mero juicio sobre la forma con elusión de otros temas materiales de la impugnación, sea éste ajustado o no a derecho, que para así decidirlo es para lo que están los jueces y Tribunales ordinarios y sus diversas instancias (7).

(7) Sostienen mi criterio las propias expresiones del Tribunal Constitucional, condenatorias de cualquier abstención de los jueces para resolver o decidir todos los temas ante ellos planteados, pronunciando la solución que les parezca justa y no dejando nada huérfano de decisión o rehuendo pronunciamientos sobre su fondo.

Me refiero a la Sentencia número 55/1983, de 22 de junio (posterior, pues, a la aquí comentada), estimatoria del recurso de amparo número 474/1982 (separata del «BOE», de 15 de julio de 1983, referencia 19.848, pp. 11 a 13), donde puede leerse este fundamento jurídico:

«A esta doble pregunta debe contestarse, por de pronto, en el sentido de que la alegación del demandante basada en el artículo 24.1 de la Constitución española está justificada. Si el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales que dicha disposición garantiza incluye, como ha reiterado una y otra vez este Tribunal, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y que dé una respuesta a lo que la acción plantea, independientemente de que dicha respuesta sea favorable o adversa,

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 16 DE MAYO DE 1983 Y SUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Constitucional (Sala Primera), tras la sustanciación por sus trámites de ley, falló el recurso de amparo número 208/1980 mediante Sentencia número 39/1983, de 16 de mayo (publicada en la separata del «BOE» especialmente dedicada a la publicación de esta jurisprudencia, en este caso la del día 17 de junio de 1983). En ella, sorprendentemente —y más sorprendentemente aún cuando vemos que la Sentencia considera derogado el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— se decidió desestimar el recurso de amparo interpuesto.

Dentro de la línea que me he marcado para hacer este trabajo (modesta aportación a la brillantez del centenario de la «RAP»), paso a recoger los más significativos pasajes de la doctrina contenida en la Sentencia para hacer después su análisis y su crítica.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983 contiene literalmente los siguientes Fundamentos Jurídicos que transcribo tal cual, aunque con subrayados míos en aquellos de sus puntos que considero de más interés para el fin que me he propuesto:

«1. La Abogacía del Estado alega como cuestión previa a la decisión sobre el fondo del presente recurso la existencia de un cambio

es evidente que esta tutela no se ha visto, en el presente caso, debidamente atendida por la sentencia impugnada. Por lo que acabamos de decir, el que la decisión del magistrado de Trabajo haya sido desfavorable para el actor no sería relevante a los efectos del amparo si resultara de un análisis de los hechos alegados y probados. Y es obvio que no es así, por cuanto se niega expresamente a pronunciarse sobre las discriminaciones de índole sindical que el actor achaca a la empresa. El magistrado es del parecer que "todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades", y por ello entiende que "sin entrar a resolver sobre la certeza de esas aludidas discriminaciones, no se puede incorporar pronunciamiento alguno sobre las mismas". De ahí también que reduzca el contenido del juicio a la determinación de la cantidad líquida reclamada por el actor a la empresa, siendo así que en la tesis del actor precisamente la existencia misma de una deuda de la empresa al hoy recurrente dependía de que se diesen discriminaciones como las señaladas por el actor, y en particular de que éste no hubiera trabajado a destajo o por cuenta por imposición unilateral del empresario. En este sentido puede decir el recurrente que la propia sentencia consagra la supuesta actitud discriminatoria.»

de pretensión en el mismo respecto a la que se dedujo en el procedimiento contencioso-administrativo que suscita la petición actual del amparo. En la demanda ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo que realmente se pedía era la nulidad de todo lo actuado en el expediente de clasificación del recurrente. No se pedía, por tanto, que el órgano judicial decidiese sobre la procedencia del ascenso, sino la reproducción del trámite y del acto resolutorio por la propia Administración. La consecuencia sería, según la Abogacía del Estado, que se pide ahora en el recurso del amparo un tipo de sentencia que no se pidió en el proceso precedente, y ello es contrario a la naturaleza misma del recurso de amparo en el que no se puede reclamar contra una decisión judicial lo que no se solicitó en el proceso que dio lugar a ella. *Respecto a este razonamiento hay que señalar que en términos generales es correcto, puesto que el recurso de amparo contra decisiones judiciales, para limitarnos al supuesto que aquí interesa, se interpone precisamente para reparar la vulneración de derechos fundamentales producidos por aquellas decisiones en las cuestiones sometidas a los órganos judiciales para su resolución.*

Sin embargo, y dado el tantas veces reiterado carácter no formalista de este Tribunal, *resulta que en el presente caso no sólo se solicitó, en forma expresa, la posible derogación del artículo 40, f), de la LJCA por el artículo 24 de la Constitución, sino que la misma sentencia impugnada en su primer considerando afirma que "tal disposición constitucional es una declaración de derechos y no expresa la forma y medios en que tales derechos han de ser protegidos por los Tribunales", e insiste en que con arreglo al artículo 117.3 de la Constitución la competencia de los Tribunales ha de ser establecida por las leyes, lo que supone que el artículo 40 de la citada LJCA no ha quedado derogado, como tampoco la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968. De todo lo cual se deduce que la sentencia debatida contiene afirmaciones clarísimas sobre la cuestión suscitada en el recurso de amparo y no puede sostenerse, por tanto, que en éste se planteen extremos no contemplados por la decisión judicial contra el que aquél se dirige.*

2. Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, en el recurso de amparo, se centra éste en la posible derogación del artículo 40, f), de la LJCA por el artículo 24 de la Constitución, con la consecuencia de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa puede y debe entrar, no sólo en los defectos de procedimiento producidos en

la aplicación de la Ley 78/1968 sobre escalas y ascensos en los Cuerpos de Oficiales de Marina, sino también en el fondo de las cuestiones que promueva dicha aplicación. La argumentación básica del solicitante del amparo es, en efecto, que el citado artículo 40, f), excluye del recurso contencioso-administrativo los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluye de tal recurso y que la disposición adicional 3.^a de la citada ley 78/1968 dispone que contra los actos y resoluciones que se adopten en aplicación de la misma en lo que se refiere a las clasificaciones y sus consecuencias no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento. *Pero que esas limitaciones deben entenderse derogadas por el artículo 24 de la Constitución, que al reconocer a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, impide que se excluya de la tutela judicial ninguno de esos derechos e intereses y en el caso que motiva el presente recurso, el derecho del solicitante del amparo a ser clasificado como le corresponde legalmente para su promoción al generalato.*

Ante todo, y para situar debidamente el problema planteado, conviene recordar, una vez más, que *los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo* (art. 53 de la Constitución). No cabe oponer a este principio en el caso del artículo 24 lo dispuesto en el artículo 117.3, ambos de la Constitución, como hace la sentencia impugnada, pues este último precepto se limita a establecer, en lo que aquí interesa, que las normas de competencia serán fijadas por las leyes, y *no implica, en modo alguno, que dichas normas puedan negar la tutela judicial efectiva que prescribe el artículo 24, sino que ellas deben establecer cuáles son en cada caso los órganos judiciales a los que corresponde prestar aquella tutela*, lo que es una cuestión evidentemente distinta. Por otra parte, el citado artículo 24 de la Constitución no impone naturalmente qué vía jurisdiccional han de marcar las leyes para otorgar la tutela judicial. Esta es una cuestión de legalidad ordinaria y cualquier vía sirve siempre que cumpla los requisitos constitucionales establecidos para la Administración de Justicia. *Lo único relevante desde el punto de vista constitucional es que exista esa tutela judicial, con independencia del órgano que la preste en cada caso.*

Ahora bien, el artículo 2.º, a), de la LJCA dispone que no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa “las cuestiones de índole civil o penal atribuidas a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública, se atribuyen por una ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones”. La interpretación sistemática de este procepto y del contenido en el artículo 40, f), de la misma ley, conduce a la conclusión de que cuando el artículo 40, f), no admite el recurso contencioso-administrativo contra “los actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa” se está refiriendo a los casos en que la ley a que remite no admite ninguna vía de recurso por ninguna otra jurisdicción, pues en la hipótesis contraria estaríamos ante el supuesto de no sujeción al procedimiento contencioso-administrativo previsto en el citado artículo 2.º, a), de la LJCA. Es decir, el 40, f), excluía del recurso contencioso-administrativo actos que normalmente debieran permitirlo y contra los que no se admite ninguna otra clase de tutela judicial. *En este sentido, el artículo 40, f), ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución y lo mismo ha de decirse por las mismas razones de la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968.*

3. *De esta afirmación no se sigue, en este caso, que el presente recurso de amparo haya de ser estimado y, en consecuencia, anulada la sentencia impugnada.* En efecto, la demanda de amparo solicita que este Tribunal Constitucional decida que *por el Tribunal Supremo se dicte nueva sentencia en la que “deberá entrar a conocer de las cuestiones de fondo de las resoluciones recurridas y deberá decidir la regularidad o no a derecho de toda cuestión de legalidad en relación con los actos recurridos en el procedimiento contencioso-administrativo”.*

Pero como señala la Abogacía del Estado, no se precisa en dicha demanda cuáles sean las cuestiones de legalidad relativas al fondo del asunto. De la lectura de la misma demanda, de la sentencia impugnada y demás documentación que consta en autos *se deduce que el fondo del asunto consiste solamente en la discrepancia del recurrente con la clasificación de que ha sido objeto por el Consejo Superior de la Armada para su elegibilidad al empleo de general de brigada*, por entender que no se han valorado correctamente sus méritos y circunstancias personales, y lo que pide es una revisión de aquella clasificación. Dado que no se aduce ninguna otra posible causa de

anulación de la clasificación impugnada, como podría ser, por ejemplo, la desviación de poder, hay que concluir que *el juicio sobre el puesto que en la relación de elegibles mereció el recurrente al Consejo Superior de la Armada no es una cuestión de legalidad sino una cuestión técnica y escapa por tanto al control jurisdiccional*. Esto es lo que dice en forma expresa la sentencia impugnada al afirmar que no puede entrar en el fondo “por no tratarse de una cuestión jurídica, sino de la apreciación de las especiales aptitudes para acceder al empleo de oficial general en el momento en que se produce la clasificación y con proyección al futuro, que es cuando ha de desempeñar dicho mando, lo que corresponde efectuar, por precepto legal y la normal organización de los Ejércitos, a quien por su función y conocimiento tiene competencia para lograr una acertada conclusión”. Tal fundamentación de la sentencia se corrobora si se tienen en cuenta los principios básicos que informan la legislación sobre clasificación y ascensos oficiales de Marina. Así, el artículo 8.º de la ley establece que “toda clasificación estará basada en el análisis más minucioso y fidedigno posible de las circunstancias de los interesados en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional, especialmente en ocasión de guerra o de grave responsabilidad, así como en destinos de embarco, mando o dirección, enjuiciándolos en función de las misiones de su Cuerpo, escala o grupo”, criterio que reitera el artículo 22 del Real Decreto 2008/1978. En esas disposiciones se detallan los elementos de juicio de que debe disponer el Consejo Superior de la Armada para llevar a cabo la valoración de los interesados en orden a su idoneidad para el ascenso; se dispone que del estudio y análisis “del conjunto” de esos elementos se llegará a obtener un “concepto concreto” de dichos interesados que permita su clasificación y, en su caso, la ordenación de los componentes del grupo según los conceptos obtenidos y, respecto a la ordenación, “por comparaciones sucesivas” (art. 22 del Real Decreto citado). *Resulta claro que esa valoración conjunta de las diversas circunstancias que concurren en un oficial de la Marina para su aptitud previa al ascenso no puede hacerla más que los órganos de la Administración especializados para ello, en este caso el Consejo Superior de la Armada, y no los Tribunales de Justicia; de donde se deduce que, habiéndose fundado expresamente la desestimación del recurso contencioso en dicha causa, hay que entender que la sentencia impugnada no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.*

4. La conclusión a que se llega en este caso concreto no supone, naturalmente, desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2) ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. *Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.* Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en *elementos de carácter exclusivamente técnico*, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y *que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales* y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, como dice la propia demanda de amparo, que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico. *Y como en el presente recurso no se ha concretado qué cuestiones de legalidad se suscitan ni pueden deducirse de los datos que constan en autos, al reducirse el problema a una discrepancia del interesado respecto a la valoración de sus circunstancias para su clasificación y ser esa valoración, como ya se ha dicho, de índole estrictamente técnica, procede desestimar por las razones indicadas el presente recurso de amparo.»*

VII. PROCESO A LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL: SU ANÁLISIS CRÍTICO: UNA DE ARENA SOBRE OTRA DE CAL

A mí, dicho con todos los respetos para la autoridad del Tribunal Constitucional, autoridad tanto formal, por su posición en el sistema, como material, por la indudable calidad de su jurisprudencia, este pronunciamiento —y sus fundamentaciones jurídico-dogmáticas— me dejan absolutamente perplejo, porque me hacen sentir la sensación de que hemos podido dar un paso atrás o de que estamos en una contradicción sin salida.

A) *La discrecionalidad técnica como sucedáneo —y motivación— de la legalidad formal excluyente. Sus consecuencias*

A mi modo de ver, tanto da decir que los asuntos de clasificación para el ascenso de militares están excluidos de impugnación contencioso-administrativa, salvo en los aspectos procedimentales o de forma (que en un sentido amplio pueden abarcar todo, desde errores de hecho a omisión de valoraciones, recusaciones de miembros del jurado, juicios apoyados en bases no exactas, etc.), como decir que están sometidos a control judicial, salvo en el tema del juicio técnico del órgano calificador que queda exento de todo control por ser un reducto de discrecionalidad infiscalizable. Creo que en el peor de todos los casos, esta conclusión de que se está ante un reducto de discrecionalidad infiscalizable, quien la debe extraer no es el Tribunal Constitucional, sino el órgano judicial ordinario que enjuicie la cuestión, cada cuestión, en su plenitud.

Entiendo, desde luego, que no es correcta la doctrina que sienta la segunda parte de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1983, porque viene a anular y deja sin efecto la primera parte y los otros pronunciamientos anteriores ya operados en este campo: primacía de la Constitución sobre las leyes de exclusión. Nótese que de llegar a una aplicación literal de la segunda y posterior doctrina (exclusión de la discrecionalidad técnica) tendríamos, no la desaparición o reducción del ámbito de zonas infiscalizables consagradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino que habríamos llegado paradójicamente a una ampliación de las mismas. Por las propias razones cabría con tal teoría excluir de la impugnación contencioso-administrativa otros muchos y muy variados supuestos, fácilmente imaginables y de los que enuncio algunos, como reservados a la valoración o juicio de los «órganos de la Administración especializados para ello»: el resultado de las pruebas selectivas del personal, la adjudicación de concursos de obras y suministros, las denegaciones de autorización y licencias, los nombramientos de todos los cargos de libre designación en la Administración pública, la ordenación de cualquier cuestión de tráfico, la organización de los servicios sanitarios, etc.

Bien se comprenderá que yo no estoy, ni mucho menos, porque sean los jueces y Tribunales los que administren (en este caso, los

que elijan y promuevan a los generales), pero vengo entendiendo desde hace bastante tiempo (desde mis primeras lecciones en la Facultad de Derecho) que la discrecionalidad es una mera forma de potestad que no está excluida de control desde que se dictó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni siquiera en sus vertientes técnicas y que, por tanto, siempre existe el control de todos los elementos reglados que cualquier potestad tiene, amén de que la misma constatación y examen de si estamos ante una discrecionalidad técnica debe y puede ser objeto de un proceso y de un pronunciamiento judicial al que los ciudadanos tienen derecho porque se lo garantiza su Constitución.

Yo me pregunto ante esta contradicción —y, por qué no decirlo, sorpresa que me ha deparado el Tribunal Constitucional— si no era precisamente este reducto de discrecionalidad técnica infiscalizable el motivo en este caso concreto de la exclusión preconstitucional del control judicial contencioso-administrativo, puesto que todos los demás aspectos formales sí podían ser fiscalizados y lo que la ley excluyente pretendía era hacer inmune al juez el criterio, el juicio valorativo y la decisión, en suma, de la calidad militar de un clasificado para el ascenso a general, como potestad de matiz técnico reservada por razones de especialización a la propia Administración militar.

Estáramos, pues, de llevar esta doctrina a sus últimas consecuencias, en las fases anteriores a la Constitución y, aún más, estaríamos dando peligrosísimas armas a la Administración para escudarse en sus potestades discrecionales técnicas en el afán de eludir recursos y, sobre todo, para defenderse masivamente en una gran cantidad de litigios, en los que estamos seguros que se va a invocar pródigamente esta peligrosísima doctrina, equívoca, ambigua y contemporalizadora, que ha sentado el Tribunal Constitucional probablemente sin medir sus consecuencias ni su alcance, cuando no sus contradicciones intrínsecas con otra anterior, clara y contundente, que estimo urgente reafirmar y hacer prevalecer.

En otro caso, también estaríamos dando facilidades a jueces y Tribunales para despachar asuntos por la más cómoda y natural vía de la inadmisibilidad previa o principal, sin otros problemas que plantearse en el litigio: el escudamiento en la naturaleza singularmente especializada de la actividad técnica de la Administración no puede favorecerse lo más mínimo, de así hacerse, nos puede aparecer

una segunda versión corregida y aumentada de la exclusión formal por ley, que puede llegar a ser un obstáculo procesal parangonable en su dimensión y en su temida aplicación al nunca mucho criticado «carácter revisor» de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- B) *La interpretación lógica de las contradicciones de la Sentencia en relación con las circunstancias del caso, dejando a salvo el posible control de la discrecionalidad técnica*

Yo no puedo creer que la idea del Tribunal Constitucional al fallar este recurso de amparo sea ni pueda ser la que se deduce de la literalidad de la doctrina expuesta en algunos de los razonamientos sustentadores del fallo. Me resisto a admitirlo, porque en último extremo me parece que constituiría una oficiosidad de este fallo entrar en el fondo de la materia, y, puesto que lo que se ventilaba en el recurso de amparo era *la indefensión y el derecho a un juicio sobre el fondo*, la decisión debía haber ido por estos derroteros y no entrar a decidir sobre la existencia o no de discrecionalidad técnica, juicio que en todo caso quedaba reservado al Tribunal Ordinario después de seguir ante él el juicio pleno (y no sólo limitado) al que el recurrente tiene derecho porque lo garantiza la Constitución. (Así vimos que lo habían declarado con toda corrección las Sentencias constitucionales de 7 de junio de 1982 y 29 de junio de 1983, transcritas en la nota 3, *supra*.) Juicio y conclusión que no comporta eximir de control la discrecionalidad técnica —eso nunca puede suceder—, sino que convierte en difícil la posición del recurrente puesto que, salvo que acredite y demuestre que el criterio de la Administración ha infringido alguna norma o principio jurídico o incurrido en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.º3 de la Constitución, el recurso no podrá estimarse. Pero desde luego por mucha discrecionalidad técnica que exista, si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala concepción o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso ha de estimarse. Cabrá decir que es difícil ver los supuestos precisos para que un recurso sobre esta materia prospere, pero nunca imposible. Son perfectamente imaginables casos límites —y no tan límites— en los que, o bien por la infracción de los «elementos reglados» de la decisión discrecional, o bien por la arbitrariedad del juicio de fondo que ésta implica, o bien por la conversión de la discrecionalidad en una aplicación de «conceptos jurídicos indeterminados», como es hoy

la tendencia general (8), será perfectamente posible acreditar la ilegalidad (incluso por relación a su fin: artículo 106.1 de la Constitución) cometida por los órganos administrativos, y en tales casos la invocación de una discrecionalidad técnica con facultades exclusivas de apreciación, no podrá excusar la nulidad del acto, que deberán declarar los Tribunales. Lo que no significa ni supone dejar de reconocer que el recurrente tiene la peor posición por cuanto le toca acreditar y probar que el juicio, el criterio y el uso de una discrecionalidad técnica ha sido desacertado. En otro caso no podrá ver estimado su recurso.

Sólo así cabe cohonestar todos los hilos sueltos de estos asuntos, porque me parece imposible admitir que puede entenderse como constitucional la exclusión *a priori* de decisiones administrativas técnicas, amén de que aun en la hipótesis de permitirse exclusiones al control judicial por razones de discrecionalidad técnica, en modo alguno tales razones podrían ser previas a la impugnación (estaríamos ante casos de inmunidad y exclusión de control totalmente inconstitucionales, propios de otros modos y épocas), sino, en todo caso, consecuencia del debate y examen de la cuestión litigiosa. El mismo concepto de lo que sea discrecionalidad (y más aún adjetivada de *técnica*) es ya en sí mismo enjuiciable y tiene el administrado derecho a que se debata en un recurso total. Por ello, en este caso, el Tribunal Constitucional no debió sostener nunca la tesis final que sostiene, sino declarar que el supuesto es típico de concesión de amparo con remisión al juicio ordinario pleno, donde, es cierto, el recurrente tendrá una difícil posición, pero en modo alguno estará en una situación de desamparo que de entrada le niegue el derecho a un juicio de fondo, rechazado *ab initio* por el alcance y contenido técnico del acto recurrido. Eso es excluir del control judicial las cuestiones materiales de las clasifi-

(8) Así, la monografía que considero más completa sobre la materia en nuestra literatura jurídica administrativa, el libro del profesor SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, cuya cita hago por todos los trabajos y estudios que allí están recogidos o mencionados.

También una amplia muestra bibliográfica seleccionada a propósito de este tema absolutamente fértil para los autores puede verse al final del capítulo VIII del *Curso de Derecho Administrativo*, cit., tomo I, pp. 453-4. Especialmente destaco el clásico trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, número 38 de esta REVISTA y edición separada en «Cuadernos Civitas», Madrid, 1974, por no citar varios más en la misma línea del propio autor y otros que siguieron sus pasos.

caciones militares para ascenso, lo mismo que pasaba antes de la Constitución, y es por ello contradictorio con otros fallos y otros razonamientos del propio Tribunal Constitucional, en cuyo ánimo no puede estar (ni está, es menester suponerlo) tal consecuencia. Y menos aún si comprobamos que lo que la demanda contenciosa denunciaba (véase nota 1, *supra*) era ni más ni menos que una actuación arbitraria por todas las razones y argumentos que aquella demanda contenía. Tal actuación arbitraria podrá ser calificada de tal o no por el Tribunal en su sentencia. Lo que nunca cabrá admitir es la solución de no entrar en su examen por considerar que está exenta de control la actuación arbitraria que se recubre de cualificaciones técnicas en los juicios de la Administración y en las competencias atribuidas para emitirlos. ¿Es razonable pensar que eso haya sido lo querido decir y santificar por el Tribunal Constitucional?

Todas estas razones me sirven para entender —y es la única forma armónica de interpretar las cosas y de dejar el Derecho y la Constitución indemnes— que lo que el Tribunal Constitucional ha querido decir en este caso, aunque lo haya hecho con escasa fortuna, es que no había lugar a admitir el recurso de amparo por entender (como pareció también argüir la Sala 5.^a) que en el pleito de origen, en la vía contencioso-administrativa, no se contenía con la claridad precisa la cuestión de entrar en el fondo, sino sólo la de anular por razones de forma lo actuado y ordenar una nueva clasificación (9). No es que yo comparta esta afirmación (además de que la Sentencia recurrida en amparo razonó sobre ello y se hizo cuestión expresamente de este planteamiento), sino que debo partir de esta construcción hipotética para poder entender este sorprendente y contradictorio fallo, que en otros caso ampararía y justificaría exenciones judiciales sobre actuaciones arbitrarias por razones de discrecionalidad técnica, exenciones que no están en absoluto cubiertas por la Constitución ni son de las que ésta dé pie a pensar que puedan estar al margen de tal control.

(9) En el suplico de la demanda ordinaria se contenía la expresa pretensión de declarar la nulidad de todo lo actuado, pero también literalmente «revocar los actos administrativos impugnados por no ser conformes a Derecho», reponiendo a mi mandante en la plenitud de derechos de su situación militar y condenando a la Administración demandada a estar y pasar por esta declaración y adoptar las medidas necesarias para su ejecución, *volviéndole a clasificar como elegible* que es en el lugar que por justicia le corresponde».

Sobre ello puedo añadir algo más en un intento de buscar una explicación lógica a las cosas: ante la manifiesta evidencia de lo que en el recurso de amparo se denunciaba, el Tribunal Constitucional ha podido sentir reparo por la solución de declararlo inadmisibles, pese a que el abogado del Estado planteó esta excepción por suponer (en una alianza natural y táctica con la Sentencia de la Sala 5.^a) que en la demanda contencioso-administrativa no se pidió con la claridad precisa un pronunciamiento sobre el fondo y que no podía haber lesión a un derecho de defensa (es decir, indefensión) cuando no se había solicitado el pronunciamiento de fondo, sea por las razones que fuese. El hecho de que las alegaciones del abogado del Estado, aunque no sean ciertas en absoluto, tuvieran un principio de duda razonable en su fundamento, no excluye el hecho evidente de que en la demanda ordinaria se hicieron (aparte del tenor del suplico que también las ampara) afirmaciones absolutamente inequívocas sobre el tema de fondo (que no era otro, en su conjunto, que la arbitrariedad del actuar administrativo), la derogación del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las excepciones al control judicial, así como que tampoco cabía ignorar que la Sentencia de la Sala 5.^a contuviera, según ya vimos antes, verdaderas inexactitudes y manifiestas equivocaciones de interpretación constitucional. Todo ello puede haber sido, quizá, lo que movió en definitiva al Tribunal Constitucional a ponderar el antiformalismo dando entrada al fondo del asunto (en el recurso de amparo) con la loable intención de cohonestar todo lo que había en juego, fondo y forma, pero llegando a un resultado final impreciso que no creo que pueda satisfacer a nadie. En efecto, si bien el fallo del recurso de amparo podría ser considerado congruente en el caso hipotético de entender que no se pidió con la exactitud necesaria juicio de fondo en la vía contencioso-administrativa (y no puede luego reabrirse con un recurso de amparo lo omitido entonces), la fundamentación y la tesis que lo sustentan son forzadísimas y, como todo lo que exige malabarismos, sumamente peligrosas, porque había que dejar claro el principio doctrinal y la interpretación ya decidida en otras ocasiones, pero a la vez no llevar de nuevo el concreto tema debatido a la vía contencioso-administrativa, aunque tampoco declarar improcedente el amparo constitucional. Y decir todo esto sin incurrir en contradicciones, contentando a todos, es imposible.

- C) *La definitiva necesidad de descartar otra conclusión por el retroceso que comportaría en el enjuiciamiento de la Administración: Indiscutible control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica*

Sólo desde la perspectiva que queda apuntada antes puede y debe entenderse, valorarse e interpretarse la Sentencia del Tribunal Constitucional que comento. En otro caso, nos encontraríamos con que lejos de mantener (y menos ampliar) las garantías jurisdiccionales ya existentes en virtud de otros fallos constitucionales previos, estaríamos ante una nueva excepción, genérica y capaz de irradiarse como motivo de exclusión de control judicial a todos los sectores y materias por bloques o en aspectos concretos: la discrecionalidad técnica es un concepto expansivo perfectamente predicable en mayor o menor grado de casi todas las actuaciones discrecionales de la Administración pública, que están desde hace mucho tiempo (y sin discusión doctrinal alguna ya de nadie) sometidas al pleno control judicial en todos aquellos elementos reglados que el ejercicio de toda actividad discrecional comporta. Lo peor que podría pasar es que el Tribunal Constitucional diera el menor pie a la Administración, a sus defensores y a los Tribunales, así como a los detractores doctrinales del sistema, para poner en marcha una operación expansiva de la inmunidad y la indefensión, haciendo olvido incluso de que, *en último extremo* —y no puedo dejar de recordarlo con todo el énfasis preciso—, *para llegar a decidir si una potestad está imbuida o no de elementos de discrecionalidad técnica debe seguirse sobre ello un proceso judicial abierto, completo y libre*. Lo que nunca puede suceder, ni es posible imaginar siquiera, es que llegue a cuestionarse el acceso a los Tribunales de las cuestiones de discrecionalidad técnica (aunque en su uso se denuncie la arbitrariedad) porque habríamos dado un paso de gigante ¡hacia atrás! y es imposible admitir eso hoy día, menos aún con cualquier atisbo de apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, a quien no cabe hacer tan flaca labor al Derecho, a la Constitución y al progreso jurídico. Por tanto, se hace urgente y necesario que el Tribunal Constitucional precise, en cuanto tenga la menor oportunidad, el alcance de la doctrina que sustenta su fallo en el recurso de amparo que comento, dejando claro que con el artículo 24.1 de la Constitución en la mano no hay, NADA EN ABSOLUTO, que pueda escapar a la posibilidad de entablar un

juicio de fondo contra la Administración y que si algo hay en el actuar de ésta insustituible por el juicio de un Tribunal de Justicia será porque así se diga, demuestre y razone por este Tribunal tras un proceso absolutamente abierto y lleno de todas las garantías que en términos agotadores y universales proclama y consagra nuestra Constitución. En tal proceso el recurrente tendrá la difícil posición de acreditar el error, el desacierto o la arbitrariedad en el juicio técnico de la Administración, nunca la imposibilidad *a priori* de lograrlo ni intentarlo, sobre todo, si lo que viene a denunciar es el abuso o la arbitrariedad en el ejercicio de una competencia por mucho que se arroje con el calificativo de discrecional o técnica e incluso por más que realmente concurren en ella tales condiciones siempre orientadas al bien público, en este caso la mejor organización de los ejércitos para la defensa nacional y del orden constitucional.

Entiéndase bien, yo no digo que sean los jueces los que nombren y asciendan generales (ni, menos aún, lo pretendía el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la Sentencia recurrida en amparo). Digo que la clasificación, elección y ascenso a general tiene que poder ser objeto de un proceso judicial completo sobre fondo y forma, en todos sus aspectos y cuestiones, y que este derecho no cabe negarlo a ningún funcionario militar postergado que debe tener la posibilidad legal de probar, o bien la arbitrariedad de su postergación, en términos estrictamente jurídicos (10), o bien incluso el desacierto del juicio técnico emitido sobre él o sobre sus compañeros que le afecte. Si está derogado el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y disposiciones correlativas de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, en absoluto puede sostenerse que la condición de discrecionalidad técnica de la decisión recurrida nos lleve al mismo resultado práctico: acceso cerrado al juez para discutir la clasificación y sus razones. Si así fuera, la Administración habría encontrado la fórmula perfecta para autotutelarse en un porcentaje de actuaciones *a todas luces más grande que el que se excluía por virtud del artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y las escasas leyes dictadas a su amparo. Para la Adminis-

(10) A este propósito cabe recordar el clásico trabajo del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: *La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria*, en el número 30 de esta REVISTA, e incluido más tarde en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1980.

tración, entonces, no habría supuesto el artículo 24.1 de la Constitución nada más que el cambio de un camino por otro para llegar al mismo resultado de escabullirse de los sistemas de control jurisdiccional. A tal consecuencia en absoluto puede llegarse, ni cabe siquiera imaginar que es a lo que pretenda llegar el Tribunal Constitucional. Su Sentencia de 16 de mayo de 1983, pues, debe calificarse, al menos, de confusa y peligrosa, cuando no como un error, en términos científicos y doctrinales, naturalmente, que constituyen los únicos aspectos en los que la crítico yo, sin otro objetivo que hacer ver la necesidad de su rectificación, o, al menos, de la determinación precisa de su alcance y consecuencias.

