

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS

(Comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)

MANUEL PULIDO QUECEDO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS ANTECEDENTES.—III. TITULARIDAD Y LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA ACCEDER A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS NO REPRESENTATIVOS: LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS PROFESIONAL COMO MANIFESTACIÓN DE LA NOCIÓN DE INTERÉS LEGÍTIMO.—IV. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS: 1. *El cargo de director de Centro Escolar como cargo público no representativo*. 2. *La configuración del derecho a acceder a cargos y funciones públicas como derecho fundamental no sustantivo*.—V. LA EXIGENCIA DE RESERVA DE LEY PARA ACCEDER A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS: 1. *Reserva de ley para acceder a funciones públicas: Las remisiones legislativas al Reglamento*. 2. *Los Tratados internacionales y la reserva de Ley ex artículo 23.2 CE*.—VI. RECAPITULACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCION

El artículo 23.2 de la Constitución reconoce el derecho a *acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos*. Constituye este derecho, desde la conocida caracterización de Jellinek (1), una manifestación del denominado *status activae civitatis*. Es aquél un derecho —como con reconocida autoridad expresaba Schmitt (2)— que no presupone al hombre individual libre en el estado extraestatal de «libertad», sino al ciudadano que vive en el Estado, al *citoyen*. No es de extrañar por ello que la primera doctrina que comentó dicho precepto calificase al artículo 23 CE como *expresión de la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura del Estado democrático* (3). Sin embargo, el artículo 23.2 constitucionaliza conjunta-

(1) Véase la conocida obra de G. JELLINEK *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed., JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1905.

(2) Véase C. SCHMITT, *Verfassungslehre*. Se cita por la versión española *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco de Ayala), Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 174.

(3) Véase el autorizado comentario de J. SANTAMARÍA PASTOR al artículo 23.1 CE,

mente el derecho a acceder a cargos y funciones públicas que, pese a tener honda raigambre en nuestro país (4), contempla aspectos diversos: por un lado, el acceso a cargo representativo; de otro, la función pública profesional (5).

No va a ser objeto del presente comentario el examen del acceso al llamado *cargo público representativo* (6), noción ya ampliamente desarrollada por el Tribunal Constitucional, sino a la otra vertiente del derecho reconocida *ex* artículo 23.2 CE, esto es, la referida a cargos *funcionariales* o, más ampliamente, a *cargos no representativos*. En este punto conviene señalar que, frente a cierta vacilación inicial —reconocida expresamente en la STC 24/1990, de 15 de febrero—, el Tribunal Constitucional considera distintos el *contenido* del artículo 23.2 CE cuando se predica de cargos públicos representativos de cuando no lo son. Igualmente, distintos son los parámetros de enjuiciamiento del cargo público representativo de los de cargo *funcionarial*. Respecto de este último, goza de pacífica aceptación jurisprudencial el que el principio de igualdad debe ponerse en necesaria conexión con los principios de *mérito* y *capacidad* (7). No lo es, sin embargo —al menos, a mi jui-

en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978* (dirigida por F. GARRIDO FALLA), 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1980, p. 293.

(4) Véase M. RAMÍREZ, *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 40 y ss. En el mismo sentido, P. BIGLIÑO CAMPOS, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23», en *Revista General del Derecho*, núm. 514-515 (1987), pp. 3924 y ss.

(5) Véase la STC 24/1990, de 15 de febrero (BOE de 2 marzo 1990. Suplemento al núm. 53), donde se distingue con claridad que el ámbito de protección del artículo 23.2 CE va referido a cargos representativos y a cargos *funcionariales* o, más ampliamente, *no representativos* (FJ 2.º). Véase, asimismo, el artículo de J. BALLARÍN IRIBARRÉN «El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas», en *Poder Judicial*, número 5, 1987, pp. 53 y ss.

(6) Entre otras, STC 23/1984, de 20 de febrero. Posteriormente deben consultarse las SSTC 71/1989, de 20 de abril, FJ 2.º, y 24/1990, de 15 de febrero. Sobre el *ius in officium* que el artículo 23.2 CE configura para los cargos representativos, véanse las SSTC 161/1988, de 21 de octubre, y 181/1989, de 3 de noviembre.

(7) Entre otras, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre, y 67/1989, de 18 de abril. Sobre esta última, véase el comentario de E. GARCÍA TREVIJANO, «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», en *RAP*, núm. 121, 1990, pp. 247 y ss., donde da noticia que la doctrina emanada de la STC 67/1989 ha fundamentado la *revisión de oficio* (*ex* art. 109 LPA) de tres resoluciones administrativas, de 22 de diciembre de 1988, del Instituto Nacional de Administración Pública, por la que se aprobaron las bases de convocatoria de diversas plazas funcionariales.

La referencia a los principios de *mérito* y *capacidad* como *parámetros* o *criterios* para acceder a un cargo público fue objeto de *viva* discusión en el debate constituyente. En efecto, la Ponencia constitucional, recogiendo la enmienda formulada por el dipu-

cio—, la cuestión de la *delimitación* de la noción de cargos y funciones públicas *no representativas* (8). En efecto, es esta cuestión —la determinación del ámbito protegible— la que mayor complejidad plantea y sobre la que el Tribunal no tiene una línea definitivamente perfilada. Es cierto que, exceptuados los supuestos referidos a la *función pública profesional* (de naturaleza estatutaria), cuya incardinación en la expresión *cargos y funciones públicas no representativas* no plantea dudas (9), el Alto Tribunal ha delimitado de forma *negativa* la noción de *cargos y funciones públicas no representativas*. Así, tras excluir del ámbito protegible los cargos *en órganos de dirección de Colegios Profesionales* (10) y en Consejos de Administración de *Cajas de Ahorro* (11),

tado *Carro Martínez*, modificó el tenor del texto del artículo 23.2 del Anteproyecto constitucional, incorporando las expresiones *mérito* y *capacidad*. (Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, *según su mérito y capacidad*, con los requisitos que señalen las leyes.) La introducción de estas expresiones dio lugar a un vivo debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. Así, el diputado Fajardo Espínola solicitó —con éxito— la supresión de las expresiones *mérito* y *capacidad*, que fueron trasladadas al actual artículo 103 CE, al aceptar la Ponencia su enmienda. En nombre de la misma le contestó el señor Pérez Llorca, quien, respondiéndole, pues, en su intervención anterior, se había referido a los principios de mérito y capacidad como significativos en un período histórico calificado de «estado de obras» o «estado de la obra»: «Quiero recordar —señaló— que la inclusión de este precepto no obedecía a ninguna reminiscencia del Estado de obras, sino inspiración directa del precepto literal de la Constitución de 1931.» El debate puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, sesión núm. 9, correspondiente al día 22 de mayo de 1978.

(8) Respecto de los *cargos representativos*, parece consolidada la doctrina de que únicamente los cargos de esta naturaleza (parlamentarios nacionales, autonómicos, diputados provinciales y concejales) son susceptibles de protección —*ex art. 23.2 CE*—. Dicha protección plantea, a su vez, una constelación de problemas que excede del tema aquí abordado.

(9) Al menos hasta la fecha pueden citarse un elenco de resoluciones que avalan lo afirmado. Así, *verbi gratia*, la STC 50/1986, de 23 de abril, examinó un recurso de amparo contra la convocatoria de plazas de *oficiales administrativos* al servicio de la Diputación Foral de Navarra; la STC 148/1986, de 25 de noviembre, enjuició el acceso directo de los profesores *agregados* de Universidad a plazas de *catedrático*; la STC 193/1987, de 7 de noviembre, el acceso a cargo de *secretario municipal*; la STC 206/1988, el acceso a pruebas de profesores *interinos* de Enseñanza Media; la STC 67/1989, de 18 de abril, el acceso mediante pruebas selectivas al *Cuerpo de Titulados Superiores de la Administración* de la Comunidad Autónoma de Extremadura, etc.

(10) El cargo de *diputado* de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no es un cargo público, *ex artículo 23.2 CE* (STC 23/1984, de 20 de febrero). La STC 73/1989, de 20 de abril, FJ 7.º, no entró a examinar si el cargo de *decano* de un Colegio de Abogados quedaba comprendido en el artículo 23.2 CE.

(11) Los *miembros del Consejo de Administración* de la Caja de Ahorro de Astu-

ha declarado que no puede calificarse como *cargos públicos* aquellos cuyo acceso tiene lugar a través de un *procedimiento* no sujeto al Derecho administrativo (12). Sin que, por otro lado, el criterio del *fin* o *interés público* pueda amparar un cargo (patrono) en una fundación privada (13). De igual modo, no puede calificarse como *función pública* las tareas técnicas del personal médico al servicio de los entes gestores de la Seguridad Social al no *participar* en los procesos de *formación o manifestación de decisiones imputables a un ente público* (14). De forma análoga, el cese como trabajador por cuenta ajena de una *empresa pública* no determina (pese a la participación pública en el capital de aquélla) la violación del derecho a permanecer en un *cargo público* (15).

De dicha delimitación de la noción de cargos y funciones públicas —del que se ha expuesto un significativo, pero no agotador, muestrario— no deriva un criterio *definitivo* para los cargos y funciones públicas no representativos. Si comparamos, *vergi gratia*, el concepto de cargos y funciones públicas *ex* artículo 23.2 CE con la noción de cargos públicos (*öffentliche Amt*) que luce en el artículo 33.2 de la GG (16) observamos notables diferencias derivadas del concepto *amplio* (17) que el *Bundesverfassungsgericht* maneja.

Es cierto que, a diferencia de nuestro artículo 23.2 CE, la Ley Funda-

rias no tienen la condición de cargos públicos (STC 18/1984, de 7 de febrero). En sentido análogo, STC 133/1989, de 19 de julio, si bien, en el caso examinado, a diferencia de la STC 18/1984, se trataba del cese de *concejales* del Ayuntamiento de Vigo como representantes del mismo en la Asamblea General y Consejo de Administración de la Caja de Ahorros Municipal de Vigo. La conclusión, pese a esta diferencia, es la misma: los miembros del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros no tienen la consideración de cargos públicos a los efectos del artículo 23.2 CE.

(12) En el Auto 837/1985, de 27 de noviembre, no se consideró como cargo público el puesto de director de música de una *fundación pública de servicio* como la del Conservatorio de Música navarro «Pablo Sarasate», en atención a que el acto por el que se cesó al recurrente fue adoptado en el seno de una *relación laboral no sujeta al Derecho administrativo*.

(13) ATC 880/1985, de 11 de diciembre.

(14) ATC 1.262/1987, de 10 de noviembre.

(15) ATC 154/1987, de 11 de febrero.

(16) Artículo 33.2 GG: «Todos los alemanes tendrán, según su aptitud, su capacidad y su competencia profesional, igualdad de acceso a cualesquiera cargos públicos.»

(17) El concepto de *öffentliche Amt* se interpreta *lato sensu*. Así, comprende no sólo a los funcionarios, jueces, notarios, profesores de Universidad, concesionarios de un servicio público (*beliehene Unternehmer*) y titulares de cargos honoríficos en instituciones públicas, sino también a los *empleados y trabajadores públicos*. Véase el comentario de T. MAUNZ al artículo 33.2 GG, en MAUNZ/DURIG/HERZOG/SCHOLZ, *Grundgesetz Kommentar*, Verlag, C. H., Beck, München, 1971, n.º 13.

mental de Bonn contempla, por un lado, la protección del cargo de diputado (*die Abgeordneten*) del *Bundestag*, de forma específica, en el art. 38 GG, y de otro, en el artículo 33.2 GG la noción de cargo público en un precepto consagrado al cargo público funcional, *lato sensu*. En este punto puede señalarse —*servata distantia*— que nuestro artículo 23 engloba el contenido de los dos preceptos de la *Grundgesetz* antes indicados. De ello no deriva, sin embargo, la imposibilidad de llegar a resultados parecidos —dada la casi identidad de los textos citados— en lo relativo a la noción alemana de cargos públicos (*öffentliche Amt*) y de la expresión *cargos y funciones públicas* de nuestro artículo 23.2 en su vertiente de cargos *no representativos*.

De lo expuesto se desprende la necesidad, a mi juicio, de que la noción de cargo y función pública quede delimitada de forma más precisa que como está definida en la actualidad. Quizá sea conveniente *separar* nítidamente el concepto de cargo público del de *función pública*, reservando aquél para los cargos de naturaleza representativa (art. 23.1 en conexión con el artículo 23.2 CE) y no representativo (si bien delimitando, de forma más estricta, dicha noción) y restringir la noción de *funciones públicas* a las situaciones derivadas del acceso y permanencia en la *función pública*, lo que requiere previamente la adopción de un criterio *formal* o *material* de dicha noción (18). Lo cual no debe suponer, en ningún modo, que el Tribunal asuma, como es obvio, funciones correspondientes al *juez de lo Contencioso-Administrativo*.

(18) Lo que, en definitiva, plantea la cuestión de si la expresión funciones públicas, *ex* artículo 23.2 CE, en conexión con el artículo 103.3 CE, debe reconducirse única y exclusivamente a situaciones derivadas de una *relación estatutaria*. O pueden tener cabida supuestos como el ejercicio privado de *funciones públicas* o, como en el caso alemán, si dicho precepto tiene alguna proyección sobre el régimen de acceso y permanencia del cada vez mayor número de *empleados* al servicio de la Administración Pública *no* funcionarios. La jurisdicción laboral (Tribunal Supremo, Sala 4.ª) ha dado pasos en tal sentido. Así, *verbi gratia*, la STS (Sala 4.ª) de 7 de febrero de 1990 [Ponente: *Magistrado Sr. Martín Valverde (La Ley, núm. 2.487, de 16 de mayo de 1990)*], considera perfectamente posible una interpretación armonizadora de las exigencias del artículo 23.2 CE de igualdad de condiciones de acceso a cargos y funciones públicas con la garantía de los *representantes de los trabajadores* reconocida en el art. 56.3 ET. Igualmente, la STS (Sala 4.ª) de 2 de octubre de 1986 (Ar. 5.366) se ha manifestado sobre la virtualidad interpretativa del artículo 23.2 CE en materia de *contratación laboral* en las Administraciones Públicas, y la STS de 14 de enero de 1988 (Ar. 1), sobre el régimen de ingresos y prórrogas y de la conversión de *temporal* en *indefinido* en los propios contratos laborales por cuenta de organismos públicos. Véanse las consideraciones de F. SAINZ MORENO sobre la inexistencia en la STC 99/1987 de criterios materiales que expliquen la distinción esencial entre personal laboral y funcionario público, en «El Estatuto de la Función Pública después de la STC 99/1987 y de la Ley 23/1988», en *RAP*, núm. 117, 1988, pp. 321 y ss.

Con este marco explicativo, la sentencia constitucional 47/1990, de 20 de marzo (Ponente: *Magistrado Sr. Leguina Villa*), da pasos importantes en la tarea de delimitación de la noción constitucional de cargo público, si bien en una dirección diversa de la hasta aquí expuesta y, sobre todo, en la determinación del alcance de la expresión: «... con los requisitos que señalen las *leyes*», esto es, con la exigencia de reserva de ley para el acceso a cargos públicos *ex* artículo 23.2 CE. La sentencia aborda otras cuestiones de interés que, en la medida que sean relevantes para el esclarecimiento de los fines propuestos, serán aquí también tratados.

II. LOS ANTECEDENTES

La STC 47/1990, de 20 de marzo (*BOE* de 9 de abril, suplemento al núm. 85), resuelve un recurso de amparo formulado por la *Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales* contra la instrucción del subsecretario de Educación y Ciencia, de 3 de junio de 1986, que prohíbe a dichos profesores ser candidatos al cargo de *director* de sus respectivos centros docentes.

Los hechos que sirven de base al recurso pueden resumirse de la forma siguiente:

a) El subsecretario de Educación y Ciencia, en respuesta, según parece, a consultas evacuadas por algunas Direcciones Provinciales del departamento, dispuso, por *instrucción* de 13 de junio de 1986, que los profesores de Religión en centros públicos estatales «no pueden ser candidatos al cargo de director por no reunir el requisito del destino *definitivo*, y lo que el mismo comporta, establecido en el artículo 6 del Reglamento de los órganos de gobierno de los centros públicos.

b) Interpuesto recurso contencioso-administrativo por la Asociación recurrente contra dicha decisión por la vía *especial* de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, fue desestimada por sentencia de la Sala competente de la *Audiencia Nacional* de 8 de noviembre de 1986.

c) Formulado recurso de apelación, fue inadmitida por sentencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

d) Contra la citada instrucción y sentencia del Tribunal Supremo se formuló recurso de amparo, que fue *desestimado*.

El recurso se fundamenta en la violación de los artículos 14, 23.2 y 27.7 de la Constitución. Aquí nos centraremos en la alegada violación del artículo 23.2 CE. En síntesis, la defensa consiste en considerar que la referida instrucción y, por ende, la sentencia del Tribunal Supremo vulneran el de-

recho de acceso a *cargo público* al discriminar arbitrariamente a los profesores de Religión frente a los demás profesores del claustro escolar, infringiendo, además, el artículo 3 del *Acuerdo entre la Santa Sede y España* (ratificado el 4 de diciembre de 1979), que equipara a los profesores de Religión con los demás profesores a todos los efectos. Arguyen asimismo que el artículo 37 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación (en adelante, LODE) no exige como requisitos para acceder al cargo de director la circunstancia de haber adquirido *destino definitivo* ni el de ostentar la cualidad de funcionario público. Dichos requisitos, introducidos por el RD 2.376/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el *Reglamento de ejecución* de la LODE, restringe el tenor legal de la misma, introduciendo una *restricción* reglamentaria de naturaleza discriminatoria. La indicada restricción vulnera la reserva de ley, *ex* artículo 23.2 CE, al no poder considerarse como un «requisito que señalen las leyes».

Hasta aquí, expuesto de forma abreviada, los términos en que se plantea el recurso. El Tribunal (Sala 1.^a) va a abordar, de forma decidida, los alegatos de la parte recurrente, así como del Ministerio Fiscal y del abogado del Estado. Para ello tendrá que resolver, entre otras, la cuestión de si la *instrucción* o circular del subsecretario de Educación es un acto impugnabile jurisdiccionalmente, a lo que responderá afirmativamente, así como si del hecho de que el Tribunal Supremo hubiere inadmitido el recurso de apelación formulado contra la instrucción debía seguirse la conclusión —postulada por el abogado del Estado— de devolver las actuaciones al Tribunal Supremo para que se pronuncie sobre el fondo del asunto. El Tribunal Constitucional sale al paso de tal alegación declarando —en una interpretación *pro actione*— que con la decisión de inadmisión debe considerarse agotada la vía judicial previa y *expedita* la vía de amparo.

Finalmente (no en la secuencia lógica de la sentencia), el Tribunal aborda como óbice procesal la inexistencia de *legitimación activa* de la Asociación recurrente para impetrar amparo por vulneración del artículo 23.2 CE. Aspecto este que, al afectar al tema de la *titularidad* del derecho de acceso a cargos y funciones públicas, será abordado separadamente.

III. TITULARIDAD Y LEGITIMACION ACTIVA PARA ACCEDER A CARGOS
Y FUNCIONES PUBLICAS NO REPRESENTATIVOS:

LA CONSIDERACION DEL INTERES PROFESIONAL COMO MANIFESTACION
DE LA NOCION DE INTERES LEGITIMO

Titulares del derecho reconocido en el art. 23.2 CE son los *ciudadanos*. La titularidad del derecho viene aquí determinada por la naturaleza del mismo: ser un derecho de *participación política*.

No nos podemos detener aquí en la problemática que plantea el estudio de la titularidad del derecho a acceder a cargos y funciones públicas. Únicamente señalaremos que, una vez más, se manifiestan los diferentes ámbitos que el derecho protege, y que, como ya se ha expuesto, se reconduce a las nociones de cargos de naturaleza representativa y no representativa. En este punto, un análisis, *prima facie*, de la jurisprudencia constitucional avala lo afirmado. Así, *titulares* del derecho al *cargo representativo* son las personas *físicas* o *jurídicas*, no los grupos políticos, carentes de personalidad como las *fracciones políticas* presentes en un órgano colegiado (STC 32/1985, de 6 de marzo), ni los *sindicatos* (STC 217/1988, de 21 de noviembre) (19), ni los *partidos políticos* (STC 36/1990, de 1 de marzo). En cuanto a los cargos *no representativos*, titulares son, igualmente, los *ciudadanos*, si bien aquí la jurisprudencia ha deferido su examen a las normas legales o reglamentarias que disciplinan el cargo o función en concreto, al no derivarse del artículo 23.2 CE derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinadas (STC 50/1986, de 23 de abril).

El ser titular de un derecho fundamental abre la posibilidad de las vías reaccionales para la protección del derecho. Así, la titularidad constituye presupuesto de la legitimación activa, que, como señala la mejor doctrina, hace referencia siempre a una determinada relación del sujeto o titular con la situación deducida en juicio (20), sin que ello excluya la posibilidad de que la norma tome en consideración otros *intereses* para la protección de un derecho ajeno (21).

(19) Reiterando una jurisprudencia ya consolidada (entre otras, SSTC 53/1982, de 22 de julio; 23/1983, de 25 de marzo, etc.).

(20) Véanse, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.^a ed., Madrid, 1981, pp. 44 y ss., y F. CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Pamplona, 1979.

(21) Así, F. CORDÓN MORENO, «Consideraciones sobre la legitimación activa en el proceso de amparo constitucional», en *La Ley*, t. 2, 1984, p. 1083, señala que «a veces el ordenamiento jurídico, en atención a un interés que considera prevalente y digno

Nuestra Constitución introdujo en el artículo 162.1.b) un catálogo de personas e instituciones legitimadas para interponer el recurso de amparo. (Toda persona natural o jurídica que invoque un *interés legítimo*, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.) En lo que aquí interesa cabe señalar que la Constitución dio carta de naturaleza a la expresión *interés legítimo*, noción esta que, enlazando con la tutela de los llamados en la doctrina italiana *intereses difusos*, se manifestaba como superadora de la noción interés directo (22) introducida por nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aspecto este que fue tempranamente puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (23). No podemos aquí detenernos en los interesantes problemas que se suscitan en relación con el artículo 46.1 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del *Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC) (24). Sólo queremos llamar la atención sobre que la sentencia 47/1990, frente a la alegación del Ministerio Fiscal, que pretendía negar a la Asociación recurrente legitimación activa, al identificar interés legítimo con *titularidad* del derecho, declara, con acierto, que:

«... no puede confundirse este concepto de *interés legítimo* con el más restrictivo de la titularidad personal de derecho fundamental

de protección, legítima a un sujeto para deducir en juicio en nombre propio un derecho del que no es titular.

(22) Véase el trabajo clásico de A. NIETO GARCÍA «La discutible supervivencia del interés directo», en REDA, núm. 12, 1977, pp. 41 y ss.

(23) La STC 60/1982, de 11 de octubre, señaló que, en relación con la impugnación de actos de la Administración hipotéticamente atentatorios contra algún derecho fundamental o libertad pública..., basta con la exigencia de un *interés legítimo* en el litigante para reconocerle legitimación que le otorga el artículo 162.1.b) CE, expresión esta (*interés legítimo*) más amplia en la de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*interés directo*), y que no puede entenderse referida *exclusivamente a la fase de amparo* (FJ 3.º). Véanse, igualmente, las SSTC 62/1983, de 11 de julio; 106/1984, de 16 de noviembre, y 67/1986, de 27 de mayo.

(24) La STC 106/1984, de 16 de noviembre, tiene declarado que la fórmula empleada con respecto a la legitimación para recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional por el artículo 46.1.b) de la LOTC es *complementaria* de la empleada por el artículo 162.1.b) CE, no debiendo considerarse limitativa del texto constitucional. Sobre los problemas de interpretación que suscitó el artículo 46.1.a) de la LOTC frente al artículo 162.1.b), véanse, entre una amplia bibliografía, los trabajos de J. ALMAGRO NOSETE, «Cuestiones sobre legitimación en el proceso de amparo constitucional», en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, vol. I, IEF, Madrid, 1981, p. 402; M. SÁNCHEZ MORÓN, «La legitimación activa en los procesos constitucionales», en REDC, número 9, pp. 35 y ss.; F. CORDÓN MORENO, «Consideraciones sobre la legitimación...», *op. cit.*, pp. 1041 y ss., y M. ARAGÓN REYES, «Comentario al artículo 162 CE (Legitimación en los procesos constitucionales)», en *Comentarios a Leyes políticas. Constitución española de 1978*, tomo XII, Edersa, 1988, pp. 239 y ss.

o libertad pública (25), cuyo amparo se pide ante este Tribunal. El interés legítimo a que alude el art. 162.1.b) de la Constitución es un concepto más amplio que el de interés directo, según declaramos en la STC 60/1982, y, por tanto, de mayor alcance que el de derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso».

Es este concepto de *interés legítimo* renuente a una definición abstracta, *a priori*, alejada de supuestos concretos (26). Pese a ello, como ha declarado el Tribunal Constitucional, hace siempre referencia a un interés en sentido *propio, cualificado o específico* (27).

En el presente caso, el Tribunal considera que el *interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores* forma parte del concepto de interés legítimo *ex constitutione*. Así lo expresa la sentencia:

«Sin necesidad de definir ahora en toda su extensión aquel concepto de interés legítimo, es evidente que en el mismo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. En la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición recurrible en amparo, por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio de la legitimación para interponer el recurso a tenor de lo dispuesto en el artículo 162.1.b) de la Constitución. No es óbice a esta conclusión que, a través del amparo constitucional, sólo pueda pretenderse el restablecimiento

(25) La cursiva es nuestra.

(26) Véase P. GONZÁLEZ TREVIJANO: «La legitimación en el recurso de amparo: 'los interesados legítimos'», en *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 1985, pp. 51 y ss.

(27) La STC 257/1988, de 22 de diciembre, desestimó —en línea con la doctrina sentada en los AATC 135 y 139/1988, de 27 de febrero— el recurso de amparo interpuesto por la *Diputación Foral de Alava* contra la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 3 de mayo de 1984, que consideró que la diferencia de puntos que en un concurso-oposición se asignaba a los hablantes de euskera discriminaba a los castellano-parlantes. En este caso, el Tribunal declaró que la noción *interés legítimo* no ha de confundirse con el *interés genérico* en la preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza política, sino que ha de entenderse referida a un *interés propio, cualificado o específico* (FJ 3.º). Véase, asimismo, la STC 25/1989, de 3 de febrero (FJ 1.º).

o preservación de algún derecho fundamental ni el carácter personalísimo que el derecho invocado pueda tener, cuando la defensa de estos derechos personalísimos sea precisamente un medio hábil muy necesario para la tutela del interés legítimo afectado por el acto recurrido. Así ocurre en el presente caso en que la Asociación de Profesores de Religión de Centros Estatales impugna una Instrucción y una resolución judicial que considera lesivas de derechos fundamentales de sus miembros, a los que atañen directamente, y que afectan también directamente a la promoción profesional de los mismos, lo que constituye un fin estatutario de la Asociación.»

Sienta aquí el Tribunal —en la tarea de definición del círculo de intereses legítimos *protegibles*— un precedente importante al legitimar a las *Asociaciones Profesionales* para la defensa de los intereses de sus miembros. En este punto puede señalarse el benéfico efecto de dicha doctrina, que debe extenderse también a las vías antecedentes ordinarias (28).

IV. LA CONFIGURACION DEL DERECHO DE ACCESO A CARGOS Y FUNCIONES PUBLICAS

1. *El cargo de director de Centro Escolar como cargo público no representativo*

En cuanto al fondo del asunto, cabe señalar que la primera y principal cuestión planteada versaba —como ha quedado expuesto en los antecedentes— en si la exclusión de los *profesores de Religión* del círculo de potenciales candidatos al cargo de director de Centro —en atención a que no tenían

(28) Ya el ATC 188/1989, de 17 de abril, declaró que una interpretación conforme a la Constitución del artículo 46.1.b) LOTC obliga también a considerar legitimados a aquellas personas *jurídico-privadas de base asociativa*, que, de acuerdo con su propio *objeto* estatutario, defienden derechos fundamentales de sus miembros, ostentando un interés legítimo suficiente que los legitima activamente en el proceso constitucional de amparo. Este Auto no aparece *publicado* en el tomo XXIII (1989) de la cuidada colección *Jurisprudencia Constitucional*. Se observa que la publicación de los autos en la citada colección no obedece siempre a los criterios expuestos en la nota *preliminar* al volumen XIV (1986), según la cual, la no publicación íntegra de los autos se justificaba, entre otras, en la reiteración del contenido de numerosas resoluciones. No es éste el caso del Auto citado ni tampoco de otros como, *verbi gratia*, el ATC de 21 de marzo de 1988, que aparece citado en la importante STC 149/1988, de 14 de julio, como precedente de la misma. De la reseña del ATC 364/1988, de 21 de marzo, queda constancia en el volumen XX de *Jurisprudencia Constitucional*, p. 1658, no así de su *contenido*.

destino *definitivo* en el Centro ni ostentaban la cualidad de funcionarios—vulneraba el artículo 23.2 CE.

La respuesta que va a dar el Tribunal es *negativa*, pero conviene, antes de examinar la fundamentación de la sentencia, parar mientes —como cuestión previa— en la naturaleza del *cargo público* objeto del recurso: *director de Centro público escolar*. La LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del *derecho a la educación*, dispone en su artículo 36 que los Centros públicos tendrán como órganos *unipersonales* de Gobierno, entre otros, un *director*, que, según establece el artículo 37.1, debe ser elegido por el Consejo Escolar y nombrado por la Administración educativa competente. La elección del director del Centro se lleva a cabo entre los profesores *del* Centro con al menos *un* año de permanencia en el mismo y *tres* de docencia.

En consecuencia, puede concluirse del examen de la legislación vigente que ninguna duda se plantea sobre que el cargo de director de un Centro escolar era un *cargo público* protegible, *ex* artículo 23.2 CE. Para la sentencia comentada, tampoco, por cuanto no necesitó justificar que estábamos en presencia de un cargo público a los efectos anteriormente señalados. Esta cuestión, que, en principio, resulta pacífica, requiere, sin embargo, ser resaltada por cuanto, hasta donde sabemos, el Tribunal no se había pronunciado sobre un supuesto como el aquí examinado. En efecto, es sabido que el cargo público protegible, *par excellence*, es el cargo público *representativo*. De él se ha ocupado el grueso de la jurisprudencia del Alto Tribunal hasta el momento presente. Ello no ha sido óbice para que, como se ha indicado, el artículo 23.2 cubra o proteja el llamado *cargo funcional* o, en palabras del propio Tribunal, el cargo no representativo. Sin embargo, es preciso reparar en que cuando el Tribunal ha examinado quejas por vulneración del artículo 23.2, en la vertiente ahora estudiada lo ha sido conectando el artículo 23.2 CE al artículo 103.3 CE, en concreto con los parámetros de *mérito* y *capacidad* (29).

En el supuesto examinado no ocurre nada de esto. El cargo público de director de Centro Escolar no es proveído a través de un sistema de concurso u oposición en el que se valoren los principios de mérito y capacidad, sino a través de un proceso electoral. Es cierto que el indicado proceso no excluye, de suyo, que sean elegidos los más aptos y capaces, pero sí lo es que la valoración de los *currícula* no es condición ni necesaria ni suficiente, por cuanto que, observados los requisitos establecidos en el artículo 37.2 de la LODE (permanencia de un año en el centro y tres de docencia), cualquier candidato *puede* ser elegido sin tener en cuenta necesariamente otros méritos.

(29) Véanse, entre otros, los supuestos que se citan en la nota 9.

Por todo ello creo necesario destacar que si se consolida esta línea jurisprudencial habrá que distinguir en relación con la expresión *cargos y funciones públicas*, como antes se expuso, entre cargo representativo *stricto sensu* (art. 23.1 en relación con el art. 23.2 CE) y cargo público *no* representativo (referidos a casos análogos al ahora examinado), y, finalmente, *funciones públicas* (30).

2. *La configuración del derecho a acceder a cargos y funciones públicas como derecho fundamental no sustantivo*

Con ser, a mi juicio, importante —desde el punto de vista de la delimitación de la noción constitucional de *cargo público*— lo señalado en el punto anterior, la aportación más notable que hace la sentencia comentada es la configuración del derecho reconocido, *ex* artículo 23.2 CE, como un *derecho fundamental no sustantivo*. En el bien entendido que dicha configuración va anudada a la exigencia de *reserva de ley* que parece postular el inciso final del artículo 23.2: «... *con los requisitos que señalen las leyes*». En efecto, no se trata con dicha configuración de calificar, desde el punto de vista de su naturaleza, el derecho fundamental de acceder a los cargos y funciones públicas. No hace aquí el Tribunal una calificación como la realizada con ocasión del derecho de *objeción de conciencia*, al que denominó *derecho constitucional autónomo*, pero no *fundamental* (31). Lo que con dicha calificación quiere expresarse es que la noción *cargos y funciones públicas* no va ineluctablemente referida a un régimen jurídico *uniforme*. De tal manera que, a efectos de la correcta interpretación de la expresión «*con los requisitos que señalen las leyes*», debe estarse a la regulación sustantiva de la normativa aplicable. Lo dice con claridad la sentencia comentada:

(30) La STC 71/1989, de 20 de abril, distingue entre *cargos y funciones públicas*, con el fin de centrar el objeto del recurso de amparo que, en el supuesto allí examinado, versaba sobre protección del derecho de *sufragio* pasivo (FJ 3.º).

(31) Véanse las SSTC 160 y 161/1987, de 27 de octubre. En la primera de ellas declara que es su naturaleza excepcional —derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España— lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por ley ordinaria «con las debidas garantías» (FJ 3.º). Hay formulado en la STC 160/1987, entre otros, un voto particular del Magistrado *De la Vega Benayas* que, discrepando de la sentencia, califica a la *objeción de conciencia* como un derecho constitucionalmente reconocido (art. 30 en relación con el art. 53.2 CE) que participa de la naturaleza de derecho fundamental *per se*, es decir, con categoría autónoma, relacionándola con el derecho de libertad ideológica (art. 16.1).

«El artículo 23.2 no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos, por lo que no es lícito concluir que queda infringido si los requisitos que condicionan dicho acceso no se regulan exclusivamente por normas con rango de ley o, menos aún, por ley orgánica, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1 de la Constitución. El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 *garantiza una situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas* (32), con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio. Por lo que se refiere a la regulación de tales requisitos, en cada supuesto concreto de acceso a un cargo o función pública, la remisión a las leyes que dicho precepto contempla ha de ponerse en conexión con las previsiones que la propia Constitución establece en cuanto a la normación sustantiva de unos y otros cargos y funciones públicas, y muy en especial en lo que concierne al rango o tipo de norma que deba regular el acceso a toda clase de cargos y funciones» (FJ 7.º).

Ello conduce a que será el cargo o función pública comprometida en cada caso el que determine el rango de la norma a aplicar. Así lo señala la sentencia:

«Es claro, por ejemplo, que los requisitos para acceder a cargos electivos de representación política, a través de procesos electorales generales, debe regularse mediante ley orgánica no porque esta exigencia se deduzca expresamente del art. 23.2 de la Constitución, sino porque deriva manifiestamente del artículo 81.1, de igual manera que la designación de los miembros de las Mesas de las Cámaras Legislativas ha de regularse en los Reglamentos de las mismas, o el acceso a la función pública de las Cortes Generales en el Estatuto de Personal a que se refiere el artículo 72.1 de la Constitución. En lo que atañe al acceso a cargos y funciones en la Administración Pública, la remisión a las leyes que efectúa el artículo 23.2 debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el artículo 103 de la Constitución, particularmente en su apartado 3. Pero, según señalamos en la STC 99/1987, “no puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley presente en el artículo 103.3 de la Constitución impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión le-

(32) La cursiva es nuestra.

gislativa al reglamento'. Por el contrario, según se declara también en aquella sentencia, las disposiciones del Gobierno pueden, cuando así lo requiera la ley, "colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales, y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada", si bien "la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva".»

Lo expuesto plantea la cuestión de la *intensidad* de la exigencia del artículo 53.1 CE (respeto al contenido esencial) respecto de los derechos de *configuración legal* (33), así como del ámbito material de la *reserva de ley orgánica*. No vamos a exponer aquí temas abordados y resueltos en la jurisprudencia constitucional, en particular por lo que respecta a la exigencia de *Ley Orgánica* para el *desarrollo de los derechos fundamentales* (34). Sí nos vamos

(33) El carácter de *configuración legal* del artículo 23.2 CE ha sido declarada en reiterada jurisprudencia constitucional. (Véanse, entre otras, SSTC 161/1988, de 21 de octubre; 10/1989, de 24 de enero; 24/1989, de 24 de febrero, y 24/1990, de 15 de febrero.)

(34) La STC 160/1987, de 27 de octubre, reiterando doctrina anterior, declara que «el Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya por el entendimiento de que los *derechos fundamentales y libertades públicas* a que se refiere el artículo 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la sección 1.ª, capítulo segundo, Título I, de un Texto (STC 76/1983, de 5 de agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que las desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero *no* cuando meramente les *afecten* o *incidan* en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de leyes orgánicas (STC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 2.º). Más recientemente, la STC 132/1989, de 18 de julio, declara que «ciertamente, cabe considerar que la regulación de determinados aspectos, esenciales para la *definición* del derecho, la *previsión de su ámbito* y la fijación de sus *límites* en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas son *elementos necesarios* del «desarrollo normativo» a realizar por la ley orgánica. Pero, aparte de estos elementos esenciales, la ley orgánica puede ampliar el contenido del derecho de que se trate o bien puede remitir a leyes ordinarias la regulación de aspectos que no considere decisivos o capitales en su configuración, o, finalmente, puede optar por no incluir en su *desarrollo* aquellos aspectos que el legislador orgánico estime *innecesarios* o *accidentales* (FJ 16). Véase, sobre el tema, J. TORNOS MÁZ, «La relación entre la Ley y el Reglamento: reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *RAP*, núm. 100-102 (enero-diciembre 1983), pp. 483 y ss.

a referir, sin embargo, a las llamadas *remisiones normativas* que debilitan la exigencia de reserva de ley respecto de supuestos como el examinado en la sentencia 47/1990. Esto es, la regulación del acceso a cargos de naturaleza funcional o no representativo. Aspecto este de indudable interés por cuanto los efectos de esta doctrina tienen una proyección en todo el ámbito de acceso a las funciones públicas. Campo éste en donde las deslegalizaciones, autorizadas o no, abundan por doquier.

V. LA EXIGENCIA DE RESERVA DE LEY
PARA ACCEDER A CARGOS Y FUNCIONES PÚBLICAS

1. *Reserva de ley para acceder a funciones públicas:*
Las remisiones legislativas al Reglamento

Es sabido que la STC 99/1987, de 11 de junio, enjuició constitucionalmente la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de *medidas para la reforma de la Función Pública* (35). Allí se abordaron, entre otros, temas relativos a la *reserva de ley*, ex artículo 103.3 CE (36), con los que la sentencia 47/1990 enlaza, y que han sido transcritos anteriormente. En este punto, la sentencia comentada señala que las consideraciones de la STC 99/1987 sobre las *remisiones* legislativas al Reglamento son trasladables al interpretar y aplicar el artículo 23.2, dada la íntima conexión entre este punto y el artículo 103. De ello extrae la conclusión de que:

«no cabe admitir que el último inciso del artículo 23.2 de la Constitución resulte vulnerado por el solo hecho de que los requisitos para el acceso a la promoción a un determinado cargo o función dentro de la Administración Pública se establezcan por norma reglamentaria, ya que ello es lícito y posible según la Constitución, en los términos arriba expresados. No sólo eso, sino que, como declaramos —dice— también en la sentencia antes citada, “sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística” del contenido de

(35) Véanse los comentarios críticos que D. CÁMARA DEL PORTILLO hace de la STC 99/1987 en «La función pública ante el Tribunal Constitucional: una ocasión perdida», en *REDA*, núm. 58, 1988. Véase, asimismo, F. SAINZ MORENO, «El Estatuto de la Función Pública después de la STC 99/1987 y de la Ley 23/1988», *op. cit.*

(36) Con anterioridad a la STC 99/1987, alguna doctrina se había manifestado por la exigencia de *ley orgánica* para el acceso a la función pública. Véase M. BAENA DE ALCÁZAR, «Comentario al artículo 103 de la Constitución», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. VIII, Edersa, Madrid, 1985, p. 282.

los requisitos para acceder a cualquier cargo o función en el seno de la Administración, pues dichos requisitos “habrán de variar sustancialmente en cada caso”.»

Lo expuesto parece razonable siempre que las remisiones no sean *incondicionadas* y carentes de *límites ciertos*. Introduce, por tanto, aquí la sentencia comentada al objeto de la preservación del derecho de acceso al cargo la garantía de la *reserva de ley*, cuya tutela no corresponderá al Tribunal Constitucional, sino a la jurisdicción ordinaria.

Garantía de *reserva de ley* que exigirá, en cada caso, en atención a la naturaleza del cargo o función pública comprometido, el examen del rango de la norma que configura el cargo sustantivo. Si el supuesto es el de un cargo de naturaleza representativa, el juicio de legalidad de la norma reglamentaria deberá tener como parámetro de enjuiciamiento la Ley Orgánica (seguramente la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, dado su carácter de *código electoral*) (37). Si, por el contrario, se trata de un cargo funcional o no representativo, habrá que estar también al juicio de contraste que, en su caso, realicen los Tribunales ordinarios y en especial los del orden contencioso-administrativo, según declaró la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 2.º).

Mayores problemas plantea el control de la reserva de ley, *ex art. 23.2 CE*, de cargos cuya regulación se contemple en un *Reglamento parlamentario* o, en su caso, en el *Estatuto de las Cortes Generales* si de acceso a la función pública parlamentaria se trata. En efecto, es conocida la peculiar posición que ocupan los Reglamentos parlamentarios en el sistema de fuentes que ha llevado al Tribunal Constitucional —siguiendo en este punto a la doctrina mayoritaria— a *asimilarlo* (doctrina de la *asimilación*) a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (38). Asimismo, el Tribunal, en virtud

(37) El Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad de que la Ley Orgánica llame a la colaboración del Reglamento. Así, la STC 77/1985, de 27 de junio, declaró que «las peculiaridades de la ley orgánica —en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación— en modo alguno justifican el que respecto de este tipo de fuente se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en que la Constitución española reserva a la ley —a la Ley Orgánica también— la regulación de una materia determinada». Véanse también las consideraciones de I. OTTO Y PARDO en su *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 229.

(38) Véase la STC 118/1988, de 20 de junio, que declara que la asimilación de los Reglamentos parlamentarios a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley permiten su impugnabilidad directa y completa y un control pleno de su constitucionalidad a través del recurso de inconstitucionalidad, aunque impide eventuales recursos de amparo contra la misma... (FJ 3.º). Asimismo, la STC 119/1990, de 21 de junio,

de la *doctrina de la asimilación* y de una interpretación *amplia* del artículo 27.2.d) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha *asimilado* a los Reglamentos parlamentarios las *resoluciones presidenciales* con vocación normativa (39). Producto normativo este último que puede —como con ocasión de la resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 18 de diciembre de 1986, sobre acceso de dicha Cámara al conocimiento de «materias clasificadas»— ocasionar verdaderas restricciones al *status* de cargo público representativo en línea con lo señalado por las sentencias del Alto Tribunal 161/1988, de 21 de octubre, y 181/1989, de 3 de noviembre, sobre el derecho a recabar información (40) en los términos establecidos en el Reglamento parlamentario. Pues bien: los problemas que en este punto puedan plantearse derivan de la existencia de otras resoluciones de naturaleza no normativa o *de actos sin valor de ley* que restrinjan el contenido de la norma, por así decir, *habilitante*. En estos casos, la única solución para no incurrir en *déni de justice* es el recurso de amparo *ex* artículo 42 LOTC, dada la dificultad de un control de legalidad de las normas parlamentarias sin valor de ley por los Tribunales ordinarios (41).

reitera en línea SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, y 122/1983, de 16 de diciembre, que el Reglamento parlamentario es una norma con *valor de ley*, aunque desprovista de la *fuerza* propia de la Ley (FJ 2.º).

(39) Si bien la STC 119/1990 ha matizado la equiparación entre *normas reglamentarias* y *resoluciones presidenciales*, que lo es a efectos de su impugnabilidad y que «no equivale a una equiparación de unos y otros desde todos los puntos de vista y a todos los efectos» (FJ 5.º). Véanse las consideraciones de N. PÉREZ SERRANO en «Materias secretas y reservadas: ¿un límite al derecho a la información en el Parlamento?», en ÁNGEL GARRORENA (ed.), *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 287 y ss., con anterioridad a que fuese dictada la STC 118/1988, donde dice «no compartir la identificación de *Reglamento* y *Resolución*, pues la misma no es una *ley* ni puede tener *fuerza de Ley*».

(40) Solicitud de información que, según han señalado, forma parte del *status* de parlamentarios, y, en cuanto tal, protegibles *ex* artículo 23.2 CE. Véase el comentario de E. MANCISIDOR ARTARAZ, «El derecho de los parlamentarios a recabar información», en *RVAP*, núm. 24, 1989, pp. 172 y ss. Igualmente, el artículo —aunque desde una perspectiva más amplia— de J. C. DA SILVA OCHOA, «El derecho de los parlamentarios a la documentación», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 19, 1990, pp. 7 y ss.

(41) Véase, sobre la dificultad de control de determinados actos, que parecen resucitar la categoría del *acto político*, F. SAINZ MORENO, «Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa», en *RAP*, núm. 115, 1988, pp. 233 y ss. Problemas similares se han planteado en Francia en relación con determinados *actes de gouvernement*. Véase, por todos, L. FAVOREU, «L'acte de gouvernement acte provisoirement et accidentellement injusticiable», en *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 1987, del que se hace *eco* SAINZ MORENO en el artículo antes citado.

Estos problemas son trasladables al ámbito del Reglamento *parlamentario autonómico* si el Tribunal Constitucional mantiene la *doctrina de la asimilación* para las resoluciones presidenciales o de los órganos de gobierno de los Parlamentos autonómicos.

Problemas de otra índole pueden plantearse respecto del acceso a la *función pública parlamentaria*. Es sabido que el acceso a la función pública de las Cortes Generales se regula en el *Estatuto de Personal de las Cortes Generales* (art. 72.1 CE) (42). Dicho Estatuto se caracteriza por ser una norma *primaria* que se incardina directamente en la Constitución. No ocurre, sin embargo, lo mismo con los *Estatutos de Personal* o *Estatutos de Régimen y Gobierno Interior* de los *Parlamentos Autonómicos*, cuya naturaleza de normas *reglamentarias* los hace impugnables —si son aprobadas por los órganos de gobierno de los Parlamentos—, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según tiene señalado el Tribunal Supremo (43). Aquí, por tanto, se establece una dualidad de regímenes que puede dificultar, en el caso del Estatuto de las Cortes Generales, no el control de las *disposiciones y actos de los órganos de Gobierno en materia de personal*, residenciados por imperativo del artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sino del propio *Estatuto* en el supuesto que contravenga normas y criterios materiales *ex constitutione* (44).

(42) Aprobado, tras la última modificación, por acuerdo conjunto de las *Mesas* del Congreso y Senado, de 26 de junio de 1989 (*BOE*, núm. 117, de 26 de julio de 1989). Véase la STC 139/1988, de 8 de julio, que declara que la Constitución, en su artículo 72.1, establece una reserva formal y material a favor del «Estatuto de Personal de las Cortes Generales», de manera que el Estatuto aparece como una norma directamente vinculada a la Constitución, es decir, como norma primaria que, por ello mismo, determina que la regulación a él encomendada quede fuera del alcance de cualquier otra norma jurídica (FJ 2.º).

(43) El Tribunal Supremo, en *autos* de 26 de enero de 1988 (Ar. 363) y 10 de octubre de 1989 (Ar. 6.857), ha sentado la doctrina de que el Estatuto de Régimen y Gobierno Interior de una Cámara autonómica (en concreto, el Parlamento de Navarra) no es equiparable, a efectos de su impugnación, al Reglamento parlamentario, ya que aquél es aprobado por un órgano de Gobierno (la Mesa de la Cámara), en el que no reside la potestad legislativa. Deduciendo de ello la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de un potencial recurso contra el mismo. Véase el artículo de M. BERMEJO GARDE, «El control sobre las disposiciones en materia de personal de los órganos de Gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», en *REDA*, núm. 62, 1989, pp. 269 y ss., donde comenta el ATS de 26 de enero de 1988.

(44) Si bien la STC 139/1988, de 8 de julio, parece relativizar tales dificultades al admitir la posibilidad de que sea cuestionada su constitucionalidad a través de la cues-

Junto a la garantía de la reserva de ley, que excluye del conocimiento del Tribunal, por la vía del recurso de amparo, «problemas relativos a la cobertura de la norma reglamentaria o al exceso de la remisión legislativa», la sentencia comentada —trasladando la doctrina de la STC 209/1987 (45)— señala que, en virtud de la garantía que el artículo 23.2 CE incorpora sobre una situación jurídica de igualdad es posible llevar a cabo un *juicio de constitucionalidad* si la disposición reglamentaria desconoce, restringiendo o agravando, las condiciones legales en perjuicio de determinadas personas o grupos. En este punto, como declara la STC 47/1990, *el plano de la legalidad y de la constitucionalidad se cruzan o entreveran, ya que no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó.*

Esta plausible traslación de la doctrina contenida en la STC 209/1987 derivada, sin duda, del carácter de *lex specialis* del artículo 23.2 CE frente al de *lex generalis* del artículo 14 CE, va a plantear —seguramente— problemas de concreción y de deslinde de planos (legalidad y constitucionalidad), lo que requiere una complementariedad o acoplamiento entre la jurisprudencia constitucional y la emanada de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia), si bien el último juicio del Tribunal Constitucional sobre la interpretación que por los Tribunales ordinarios hagan de los derechos de configuración legal (46) puede resolver —desde el punto de vista práctico— los problemas interpretativos que se susciten, aun a riesgo de configurarle como un Tribunal de *casación*, según ha señalado alguna doctrina (47).

tión de inconstitucionalidad o se llegue a plantear *autocuestión* de inconstitucionalidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.2 de la LOTC (FJ 2.º, *in fine*).

(45) La doctrina de la STC 209/1987, reiterada, si excluimos la STC 47/1990, para un supuesto análogo, en la STC 78/1990, de 26 de abril (BOE de 30 de mayo de 1990, suplemento al núm. 129), fue dictada, en recurso de amparo formulado por el *Defensor del Pueblo*, contra la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, que denegó al subsidio de desempleo a un trabajador mayor de cincuenta y cinco años, en virtud de la restricción introducida por el artículo 7.2 del Real Decreto 625/1985 respecto a la Ley 31/1984. Véase el comentario de J. L. TORTUERO PLAZA, «Dos sentencias constitucionales sobre desempleo», en *REDT*, núm. 31, 1987, pp. 465 y ss.

(46) Véanse consideraciones en SSTC 24, 25 y 26/1990.

(47) Véase, por todos, P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 232 y ss. También, más recientemente, A. FIGUERUELO BERRUEZO, «Amparo y casación civil», en *La Ley*, t. 3, 1987, pp. 930 y ss. De la misma autora véase su libro *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990.

2. *Los Tratados Internacionales y la reserva de ley* ex artículo 23.2 CE

Aborda, finalmente, esta interesante sentencia la cuestión de si la no observancia de lo dispuesto en un *Tratado* o *Convenio internacional* por una norma infralegal, vulnera la *reserva de ley*, ex artículo 23.2 CE. En el caso examinado se trataba de determinar si el artículo 6 del Real Decreto 2.376/1985 infringió o no el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede en materia de enseñanza.

La sentencia señala que, en sí misma considerada, es ésta una cuestión ajena al recurso de amparo. A tal efecto declara:

«Con independencia de que el derecho reconocido en el artículo 27.7 de la Constitución está regulado en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (LODE), y no en el mencionado Acuerdo, *no es dudoso que, en el ámbito del recurso de amparo, la jurisdicción de este Tribunal debe limitarse a comprobar si las disposiciones impugnadas han vulnerado o no el contenido de aquel derecho fundamental según resulta de su definición por la Constitución, siendo aquí indiferente si el legislador estatal ha cumplido o no los compromisos derivados de aquel Acuerdo internacional* (48). Pero, incluso si se entendiese que este Acuerdo, en cuanto forma parte del ordenamiento interno, puede desarrollar válidamente en algún aspecto el artículo 27.2 de la Constitución, y que así lo ha hecho, efectivamente, la alegación de la parte recurrente tampoco podría ser acogida, ya que, en realidad, dicho Acuerdo no establece que los profesores de Religión tengan derecho a acceder al cargo de director de los Centros Públicos de Enseñanza. Y tampoco podría entenderse infringido el artículo 23.2 de la Constitución en virtud de aquel razonamiento, toda vez que el citado artículo 3 del Acuerdo con la Santa Sede no incorpora un criterio igualatorio entre los profesores de Religión y los restantes profesores del centro en lo que concierne a la posibilidad de ser candidatos a ocupar el cargo de director. El citado artículo 3 dispone sólo que “los profesores de Religión formarán parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos centros”, pero ello no quiere decir que hayan de tener los mismos derechos que los demás profe-

(48) La cursiva es nuestra.

sores a otros efectos que no sean los de formar parte del Claustro y, por consiguiente, de ejercer las funciones propias de los miembros del Claustro. Incluso si se entendiera, mediante una interpretación no ajustada al tenor de aquel precepto, y a todas luces excesiva, que se ha pretendido igualar los derechos de los profesores de Religión y de los restantes profesores en todos los aspectos de la gestión de los respectivos centros, tampoco de ello resultaría una lesión de los artículos 23.2 y 27.7 de la Constitución, pues nada impediría al Estado establecer ciertos requisitos generales y objetivos para acceder al cargo de director, tales como, por ejemplo, que los candidatos deban ser profesores del centro con, al menos, un año de permanencia en el mismo y tres de docencia, según exige el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación o, en su caso, que tuvieran destino definitivo en el centro. En resumidas cuentas, este último requisito no es incompatible con el criterio igualatorio que deriva del artículo 3 del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales» (FJ 8.º).

Plantea este fundamento cuestiones de relieve tanto desde el punto de vista del valor de los Tratados y Acuerdos internacionales en nuestro sistema de fuentes como el derivado del papel del Tribunal Constitucional para conocer, a través del recurso de amparo, de violaciones de Tratados internacionales que tengan relevancia constitucional, al afectar a derechos fundamentales tutelados por la Constitución.

En efecto, es sabido que el artículo 96.1 CE, al declarar que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, *constitucionaliza* el sistema de adopción automática de los Tratados internacionales en el Derecho español (49). No vamos a entrar ahora en cuestiones derivadas de la posición de los Tratados en el sistema de fuentes y sus relaciones con la Ley estatal. Tampoco en el eventual incumplimiento del Estado de Tratados que contengan normas *non self-executing* que requieran la modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución [art. 91.e) CE].

(49) Véase, sobre el sistema de recepción del Derecho internacional por el Derecho interno español, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Constitución, Tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976. Del mismo autor, «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho: la Constitución española», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. III, IEF, Madrid, 1979, pp. 1735 y ss. Véase, igualmente, J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Curso de Derecho Internacional Público*, Oviedo, 1983, páginas 198 y ss.

Aspectos estos que, como dice la STC 47/1990, no son cuestiones a resolver en un recurso de amparo. Ahora bien: la peculiar posición de los Tratados en el sistema de fuentes obliga a que, en aquellos supuestos en que el Gobierno desarrolle por vía reglamentaria disposiciones de un Tratado o Acuerdo internacional que menoscabe o vulnere los términos del mismo puedan llegar, en su caso, al conocimiento del Tribunal Constitucional. Es cierto, como ha señalado la STC 84/1989, de 10 de mayo (50), que no hay más normas constitucionales que las contenidas en la Constitución, pero también lo es que aquellos Tratados que garanticen una determinada situación de igualdad pueden verse menoscabados por una aplicación reglamentaria discriminatoria de la misma o por una restrictiva interpretación judicial. En estos casos en los que existe un nexo con la violación de un derecho fundamental pueden y deben ser objeto de conocimiento por el Tribunal Constitucional (51). En el caso presente, el Alto Tribunal, tras señalar que es *indiferente*, en un recurso de amparo, si el legislador estatal ha cumplido o no los compromisos derivados de un Acuerdo internacional, entra —puede decirse que *a mayor abundamiento*— en el examen de la legalidad del art. 6 del Real Decreto 2.376/1985, para concluir que no ha introducido *ex novo* ningún requisito *distinto* o *complementario* a los señalados en la LODE para acceder al cargo de director de Centro Escolar Público.

(50) Véase el comentario a dicha sentencia (FJ 5.º) de J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «Tutela interna e internacional de derechos fundamentales: ¿Cabe recurso de amparo por la vulneración de derechos dimanantes de Convenios internacionales?», en REDT, núm. 42, 1990, pp. 373 y ss.

(51) Piénsese, *verbi gratia*, en aquellos supuestos en que los extranjeros, en virtud de un Tratado, gocen de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución (art. 13.1 CE). En concreto, en materia de *suffragio activo*, España ha suscrito acuerdos con distintos países europeos e iberoamericanos para garantizar el derecho de voto en *elecciones municipales* a ciudadanos de aquellos países en cumplimiento del artículo 13.2 CE. En particular, con los *Países Bajos* (canje de notas y Anejos de Acuerdo entre España y los Países Bajos, realizado en Madrid el 23 de febrero de 1989. BOE de 8 de agosto de 1990), con *Dinamarca* (la firma de intercambio de Cartas constitutivo del Acuerdo se aprobó en Consejo de Ministros de 23 de junio de 1989. Está pendiente de su autorización por las Cortes Generales), *Suecia* (autorización de firma de intercambio de Cartas aprobada por Consejo de Ministros de 14 de julio de 1989. Pendiente de autorización por las Cortes Generales) y *Noruega* (autorización de intercambio de Cartas aprobada por el Consejo de Ministros del día 14 de julio de 1989. Está pendiente de autorización por las Cortes Generales). Finalmente, en el *Tratado General de Cooperación y Amistad* entre *Venezuela y España* se reconoce (art. 11) el derecho a votar en las elecciones municipales (pendiente también de autorización por las Cortes Generales). Pues bien: en estos casos, la vulneración o menoscabo del ejercicio del derecho al voto no debiera, en su caso, escapar, a mi juicio, a la protección constitucional por la vía de amparo.

Por tanto, sin negar que, en el caso presente, el Tribunal entra a conocer si el Real Decreto 2.376/1985 vulneraba la norma habilitante (art. 37.2 de la LODE) e, indirectamente, el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede (que contiene en este punto una norma *self-executing*) no puede dejar de señalarse que es posible plantear otros supuestos que no deriven de un incumplimiento directo del *legislador estatal* —se entiende, en los Acuerdos *non self-executing*— de los compromisos derivados del Acuerdo internacional, pero sí de un incumplimiento indirecto —*verbi gratia*, desarrollos ejecutivos contrarios a las prescripciones de un Tratado *self-executing*— que, o bien deben ser corregidos por la jurisdicción ordinaria al objeto de preservar la posición del Tratado en el sistema de fuentes (52), o bien, en el caso de violaciones directas de derechos fundamentales reconocidos en determinadas situaciones jurídicas a los extranjeros —el caso de los Acuerdos con la Santa Sede tienen otra perspectiva, que no debe empañar la consideración de otros supuestos—, la protección debe llegar, en su caso, ante la jurisdicción constitucional.

La sentencia en este punto no aclara mucho las cosas. Dos parecen evidentes. *Una*, que esgrimir en sede constitucional la vulneración de la reserva de ley —equiparando a la misma un Tratado o Acuerdo internacional— por una norma *infralegal* no es un expediente *útil* para la protección del derecho a la igualdad o, en su caso, al acceso a cargo público en condiciones de igualdad, ni siquiera en los términos que mantiene el Tribunal sobre el enjuiciamiento *ex constitutione* de los Reglamentos. *Dos*, tampoco los Acuerdos internacionales constituyen *parámetro interpretativo* (53) —al menos en los términos de la sentencia— cuando de vulneración de derechos fundamentales se trate. No compartimos, en términos generales, la tesis que la sentencia parece apuntar. Esperemos, sin embargo, que dicha doctrina se reconduzca a casos como el examinado. Existen otros supuestos —*verbi gratia*, los derivados del artículo 13.1 y 2 CE— que exigen consideraciones bien distintas de las expuestas en la sentencia comentada.

(52) Véanse las consideraciones de A. REMIRO BROTONS sobre la protección de los Tratados frente a vulneraciones legislativas y reglamentarias en el comentario al artículo 96.1 CE en «Comentarios a las leyes políticas», en O. ALZAGA (dir.), *Constitución española de 1978*, t. VII, Edersa, Madrid, 1985, espec. pp. 610-613.

(53) La doctrina (entre otros, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «Los Tratados internacionales y los controles de constitucionalidad», en REDA, núm. 30, 1981, p. 500) se había manifestado en el sentido de que los Tratados internacionales, al ser normas *internas*, ex art. 96.1 CE, integran el contenido del derecho fundamental en cuestión, por lo que constituyen *norma interpuesta* de un posible juicio de inconstitucionalidad.

VI. RECAPITULACION FINAL

Ha llegado el momento de recapitular. De lo expuesto pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, cabe señalar que un análisis de la jurisprudencia —aunque aquí se haya hecho de modo indirecto— del Tribunal Constitucional sobre el artículo 23.2 CE arroja la conclusión de que su ámbito de protección es *amplio*. Quedan ya lejos las consideraciones de los primeros comentaristas de la Constitución que hablaban de su extraordinaria importancia —en cuanto manifestación del principio democrático de participación—, pero de su escasa problematicidad. Como en otras parcelas del Derecho, los hechos se manifiestan *tozudos*, y hoy puede comprobarse con claridad que el artículo 23.2 CE, en virtud de la obra interpretadora del Tribunal, cubre el *acceso y permanencia* y, en su caso, defensa del *status* del cargo público representativo y del no representativo.

En segundo lugar, la delimitación del ámbito protegible, *ex art. 23.2 CE*, para los cargos *no* representativos, es una cuestión, a mi juicio, todavía no definitivamente resuelta, ni doctrinal ni jurisprudencialmente. A la casi ausencia de trabajos sobre la materia cabe añadir la inexistencia de líneas jurisprudenciales definitivamente perfiladas. Es cierto que se hace difícil hablar de obra definitiva en la jurisprudencia de un Tribunal, pero sobre lo que queremos llamar la atención es acerca de la necesidad de precisar los ámbitos protegibles por la expresión *cargos y funciones* públicas en la línea de distinguir con nitidez entre cargo y función pública y abordar la cuestión de la función pública, aspecto este, como es fácil de comprender, nada baladí, y que exige aportaciones más autorizadas de las que aquí pueden hacerse.

En este sentido, la sentencia 47/1990 da un paso más —si se quiere un *petit pas*— en la delimitación de *cargo público* no representativo, al incluir dentro del mismo el cargo funcional *electivo*. Y, sobre todo, aborda con acierto la cuestión de la *reserva de ley* predicable del acceso a cargos y funciones públicas. Esta sentencia será, sin duda, punto de referencia de la doctrina que, en su caso, desarrolle la misma, y que exigirá nuevos esfuerzos en la depuración de la exigencia de la reserva de ley, así como en el control constitucional de las normas infralegales.

Finalmente, una cierta desilusión se desprende de la lectura del FJ 8.º Es cierto que el Tribunal resuelve, probablemente bien, la *justicia* del caso. Sin embargo, las consideraciones sobre la *indiferencia* del Tribunal Constitucional acerca del incumplimiento por el legislador estatal de los Acuerdos internacionales debían, a mi juicio, ser matizadas.

La posición de los Tratados internacionales en el sistema de fuentes y su superioridad sobre la ley, a efectos de su control, deja de ser una cuestión pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia de los países de nuestro entorno comunitario. Sin embargo, cuando todavía no han cesado en Francia los ecos del Arrêt *Nicolo* (54), nuestra jurisprudencia constitucional no parece caminar por la misma senda.

(54) Arrêt del Conseil d'État, Assemblée de 20 de octubre de 1989. (Puede consultarse en *RFDA*, núm. 5, 1989, pp. 823 y ss.) Han sido legión los autores que han comentado en el país vecino el mismo. Véanse, entre otros, E. HONORAT/E. BAPTISTE, «Chronique générale de jurisprudence administrative française», en *AJDA*, núm. 12, 1989, p. 756; L. FAVOREU, «Le juge administratif, le traité et la loi postérieure», en *RFDA*, núm. 6, 1989, pp. 993 y ss.; L. DUBOIS, «L'arrêt Nicolo et l'intégration de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français», en *RFDA*, núm. 6, 1989, pp. 1000 y ss.; J. F. TOUCHARD, «À propos de l'arrêt Nicolo», en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, núm. 3, 1990, pp. 801 y ss., y G. ISAAC, «Traité et loi postérieure: le revirement du Conseil d'État», en *RTDE*, núm. 4, 1989, pp. 787 y ss.

Crónica

