

# LA CONFIGURACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PUBLICAS

ALBERTO PALOMAR OLMEDA (\*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL E INTERNACIONAL.— 1. *El constitucionalismo español.*—2. *Las orientaciones del Derecho Internacional.*— III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL.—1. *Ambito subjetivo de aplicación del artículo 23.2.*—1.1. La cuestión terminológica.—1.2. Los extranjeros como titulares del derecho de acceso a las funciones públicas.—1.3. Los extranjeros y la función pública profesional.—1.4. La función pública profesional y el Derecho Comunitario.—1.5. Perspectivas para la adaptación de ambos Ordenamientos Jurídicos.—2. *Consideraciones sobre el ámbito objetivo del artículo 23.2 de la Constitución.*—2.1. El derecho de acceso a las funciones públicas como un derecho de contenido legal.—2.2. Asimilación del acceso y la permanencia en los puestos públicos como contenido concreto del artículo 23.2 de la Constitución.—2.3. La fijación de límites para el acceso a la función pública, en especial, el acatamiento constitucional.—2.4. La interpretación específica de otros límites.—IV. LAS FACULTADES REVISORAS DEL TRIBUNAL CONSTI-

---

(\*) Profesor Asociado de Derecho Administrativo.

TUCIONAL: ALCANCE Y CONTENIDO. 1. *Contenido de la revisión constitucional.*-2. *Pautas para la determinación del concepto «relevancia constitucional».*-3. *El Tribunal Constitucional como garante directo del derecho fundamental.*-V. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los perfiles de un derecho fundamental cual es el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución.

La aparente simplicidad del tema propuesto no justifica por sí solo el examen que se realiza por lo que es necesario adelantar, desde ahora, las circunstancias que concurren en los presentes momentos para que el análisis resulte, a nuestro juicio, de utilidad.

A este respecto es necesario comenzar por deslindar conceptualmente entre el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas, de las alusiones al principio de igualdad, que podrían convertir el artículo 23.2 de la Constitución en una especie de «apéndice» del principio general de igualdad consagrado en el artículo 14 del Texto Constitucional.

El deslinde conceptual de ambas cuestiones ha quedado zanjado por la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la que se afirma, como más adelante tendremos ocasión de demostrar, la individualidad propia del artículo 23.2, hasta el punto de hacer innecesaria, procesalmente hablando, su conexión con el artículo 14 de la Constitución, y entender que la

cita conjunta de ambos permite al Tribunal refundir y proceder al examen únicamente de la presunta violación del artículo 23, salvo que cumplidamente se pudiese demostrar la incidencia de una discriminación autónoma (1).

Con independencia del problema de definición conceptual y aun constitucional del derecho que se analiza, es lo cierto que su inclusión en el Texto Constitucional ha planteado una importante controversia en la delimitación de su propio contenido, esto es, en la determinación de qué se entiende por funciones y cargos públicos, así como el alcance de la determinación legal de los requisitos para acceder a aquéllos, determinación a la que expresamente se refiere el último inciso del apartado segundo del artículo 23 de la Constitución.

La problemática que plantean las cuestiones apuntadas y que constituyen básicamente el objeto del presente análisis conjuga, así mismo, los efectos que normalmente se derivan de la exégesis de cualquier precepto constitucional, por un lado, y, por otro, el hecho de que los preceptos referidos a la función pública «*strictu sensu*», es decir, la que se refiere a la denominada función pública profesional, estén ubicados sistemáticamente en una parte de la Constitución que no permite el acceso al régimen de garantías jurisdiccionales y constitucionales establecido, con carácter general, para los derechos fundamentales. De esta forma el artículo 23.2 iba a convertirse de inmediato en la vía procesal de acceso a aquellas garantías para la función pública profesional.

Estas consideraciones unidas a las de la determinación de los límites legales del derecho fundamental analizado justifican por sí solas el presente estudio, que se efectúa, claro está, sobre la base de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que doce años después de su creación, constituyen ya una línea

---

(1) Como ejemplo de esta tesis pueden citarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 193/1989, de 16 de noviembre, 24/1989 y 75/1983, de 3 de agosto.

doctrinal de al que fundamentalmente pueden extraerse algunas conclusiones.

## II. EL DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL E INTERNACIONAL

Aunque obviamente trasciende de los objetivos propuestos el analizar exhaustivamente la perspectiva histórica del derecho de acceso a las funciones públicas, es lo cierto que una breve investigación de aquella índole nos permite extraer datos de interés a los efectos de la configuración constitucional ahora establecida.

### 1. *El constitucionalismo español*

Las primeras referencias que hemos podido encontrar remiten a la Constitución de Bayona de 1808 la mención al derecho de acceso a las funciones públicas. Así, el artículo 141 de la misma se refiere, incidentalmente, al tema indicando que «ninguno podrá obtener empleos públicos civiles y eclesiásticos si no ha nacido en España o ha sido naturalizado...». Por su parte la Constitución de Cádiz de 1812, comienza por definir qué se entiende por «ciudadanos españoles» (capítulo II). Según el artículo 18, son «ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están vecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios». Esta mención se completa con lo establecido en los artículos 19 y 20 para la nacionalización de extranjeros, y, en el artículo 21, respecto de los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en España.

Desde el punto de vista de lo que aquí nos interesa, el artículo 23 señala que «sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales y ser elegidos para ellos en los casos señalados por la Ley...» las prescripciones relativas a la ciudadanía se completan con dos cuestiones relativas al acce-

so al cargo de Secretario de despacho (2) que conforme al artículo 223 sólo podrían acceder quienes fuesen ciudadanos. Una limitación semejante se establecía en el artículo 231 referida al requisito de ser ciudadano para formar parte del Consejo de Estado.

Por último, la Constitución de 1812, se refiere a dos cuestiones colaterales pero con conexión directa con el ámbito subjetivo de aplicación del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. Así el artículo 373 establecía que «Todo español tiene derecho a representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución». Por su parte, el artículo 374 establecía que «Toda persona que ejerza cargo público, civil, militar o eclesiástico, prestará juramento, al tomar posesión de su destino de guardar la Constitución, ser fiel al Rey y desempeñar debidamente su encargo».

Aunque sea muy brevemente, es necesario hacer alguna referencia al Estatuto Real de 1834 que contiene una nueva composición de las Cortes Generales del Reino sobre la base de dos Estamentos: el de Próceres del Reino y el de Procuradores del Reino. La composición del estamento de Próceres del Reino, establecida en los artículos 3 a 12 del Estatuto, efectúa algunas alusiones concretas a la condición de ser español, para poder formar parte de este estamento. Así el párrafo 4, se refiere a «un número indeterminado de españoles, elevados en dignidad e ilustres por sus servicios en las varias carreras». De igual manera al referirse a otros de los colectivos que integran por derecho propio el estamento de Próceres, los Grandes de España y los Títulos de Castilla, se indica que deben cumplir, entre otros requisitos, el de «no ser súbditos de otras potencias».

En lo que hace referencia al otro estamento de los que componen las Cortes en esta época, el de Procuradores del Reino, podría afirmarse que exige, con menor rigor, el requisito de la

---

(2) Sobre esta figura vid. GARCÍA MADARIA, J. M.: *Las Secretarías del Despacho*, Madrid, 1982.

nacionalidad dado que aunque el párrafo 1.º del artículo 14 establece como requisito, para ser Procurador del Reino el de «ser natural de este Reino», lo atenúa más tarde indicando que basta con ser «hijo de padre españoles», lo cual nos permite afirmar que el requisito exigido es, por tanto, el de ser español o estar en situación jurídica de serlo.

El siguiente hito constitucional está representado por la Constitución de la Monarquía Española de 18 de junio de 1837. En este Texto ya se encuentra una alusión directa al tema que ahora se analiza, ya que el artículo 5 establece: «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad». Esta prescripción general se completa con alguna otra de carácter específico. Así el artículo 23, referido a los Diputados, afirmaba que «Para ser Diputado se requiere ser español, del estado seglar, haber cumplido veinticinco años y tener las demás circunstancias que exija la Ley electoral».

En una línea similar la Constitución de 23 de mayo de 1845, en su artículo 5 establecía, de nuevo, que «todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad». De igual forma que el Texto Constitucional precedente del artículo 22 volvía a incidir en que la condición de Diputado sólo podrían adquirirla quienes fuesen españoles, cuestión ésta que estaba resuelta en el artículo 1, que señalaba como españoles a los nacidos en España, los nacidos de padre o madre españoles o a los extranjeros que hubiesen obtenido la carta de naturaleza.

El Texto Constitucional de 1 de junio de 1869, es más explícito y no se limita a reiterar el que casualmente había sido artículo 5 en los dos Textos Constitucionales precedentes. El acceso a los cargos públicos se recoge en el artículo 27, conforme al cual «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, la obtención y el desempeño de estos empleos y cargos, así como la adquisición y el ejercicio de los derechos civiles y políticos son independientes de la religión que profesen los españoles. El extranjero

que no estuviese naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción...».

La Constitución republicana de 30 de junio de 1876 contiene pronunciamientos de un tenor semejante al de sus precedentes del mismo siglo a los que nos acabamos de referir. Básicamente, cabe recordarse el artículo 15, conforme al cual «Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad...».

En este estado de cosas se llega a la primera Constitución del presente siglo, que está representada por la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, que en su artículo 2 declara contundentemente que «Todos los españoles<sup>11</sup> son iguales ante la Ley». Más adelante, el artículo 25 preceptúa que «no podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas». En un plano más específico, el artículo 36 se refiere a que «los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes...». Estas prescripciones se concretan en el artículo 40 del Texto Constitucional y conforme al cual «Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen...».

Por su parte, las Leyes Fundamentales, también contienen diversos preceptos en los diferentes Textos legales que aluden al derecho de acceso a los cargos y funciones públicas. Así, la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, en su apartado VIII establecía que «todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad». El Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, en su artículo 10 declaraba que «Todos los españoles tienen derecho a participar en las funciones públicas de carácter representativo, a través de la familia, el municipio y el sindicato, sin perjuicio de otras representaciones que las leyes establezcan». Este precepto se completa con lo establecido en el



artículo 11 que indicaba que «Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad».

La aproximación histórica que acaba de realizarse, nos muestra con toda claridad, que los diversos Textos Constitucionales han incluido entre los derechos de los españoles el de participar en los asuntos públicos. Esta constitucionalización es más perfecta, jurídicamente hablando, y más completa en los últimos Textos Constitucionales que en los primeros analizados y se hace siempre con referencia a los principios de mérito y capacidad (3).

En esta misma línea, puede señalarse que la constitucionalización del derecho de acceso a las funciones públicas se realiza efectuando una delimitación del titular del derecho que se configura siempre en favor de los «españoles», con exclusión, por tanto, de los extranjeros y sin que los Textos Constitucionales exijan requisitos adicionales a los españoles, cuestión ésta, que cuando está prevista se difiere a las regulaciones legales específicas (4).

## 2. *Las orientaciones del Derecho internacional*

El fenómeno que acabamos de describir en el seno del constitucionalismo español presenta un reflejo semejante en los Acuerdos y Tratados internacionales cuya función esencial ha sido, precisamente, la de dotar de un reconocimiento internacional a los derechos fundamentales y libertades públicas. Parece conveniente, por ello, que analicemos su consagración en algunos de los más representativos para comprobar, asimismo, su evolución jurídica.

---

(3) La novedad de que la Constitución de 1978 no se refiriese en la redacción final del artículo 23 al mérito y capacidad fue seriamente cuestionada por GARRIDO FALLA, F. en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

(4) Los Textos Constitucionales analizados se han tomado de la obra de JORGE ESTEBAN, *Constituciones Españolas y Extranjeras*, tomo I, Madrid, 1977.

Así, por ejemplo, encontramos una primera formulación en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, que en su apartado VI indicaba «que las elecciones de representantes del pueblo en asamblea deben ser libres y que todos los hombres que den suficientes pruebas de permanente interés por la comunidad y de vinculación en ella, posean el derecho de sufragio y no puedan ser sometidos a contribución ni privados de su propiedad por utilidad pública sin su consentimiento o el de sus representantes, así elegidos, ni estén obligados por ley alguna la que, del mismo modo, no hayan consentido para el bien público».

Más tarde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, reconoce en su artículo 1 que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho». El artículo 6, concreta el derecho afirmando que «... todos los ciudadanos tienen el derecho a participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma parte todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que las de sus virtudes y talentos».

El siglo XIX, como prácticamente reconoce toda la doctrina, supone «la positivación y generalización, la evolución que conduce al estado actual de los derechos fundamentales». De aquí que en el plano internacional que estamos examinando pueda afirmarse con claridad, que se mantienen los tímidos intentos de internacionalización pero que, en puridad de conceptos, tal fenómeno no se consolida realmente hasta el siglo XX.

La prueba de que el siglo XIX es básicamente, un período de positivación constitucional en cada país puede encontrarse, en lo que al derecho fundamental que aquí analizamos, se refiere, en la Constitución Belga de 1831 (art. 6) y en la Constitución Francesa de 1848 (art. 10).

El siglo XX, por su parte, se caracteriza, en primer término, por la aceptación constitucional de un modelo de Estado dife-

rente que supera el Estado liberal y que mediante la conexión de los derechos económicos, sociales y culturales junto a los derechos fundamentales y libertades públicas, da paso al nuevo concepto de Estado, denominado Estado social.

Este proceso se plasma, en la Constitución Mexicana de 1917 que en su artículo 35 se refiere a las prerrogativas de los ciudadanos, entre los cuales se refiere el derecho de voto o sufragio activo (art. 35.1) y al derecho a ser votado sufragio pasivo (art. 35.2). Este último apartado se refiere, también al derecho a ser nombrado para cualquier otro empleo o comisión diferente referido, claro está, a los cargos de elección popular.

Un segundo hito histórico del fenómeno, que analizamos se encuentra en la Constitución del Reich Alemán de 14 de agosto de 1919, que en su artículo 109 formula la declaración general de que todos los alemanes son iguales ante la Ley. Dicha previsión genérica se concreta en el artículo 128 que afirma que «todos los ciudadanos son admisibles, sin distinción, a los cargos públicos con arreglo a las leyes y según su capacidad y aptitudes» (5).

Esta prevención se configuraba por el artículo 131 como una obligación de participación en los asuntos públicos ya que, conforme a aquél «Todo alemán tiene el derecho de aceptar con sujeción a las leyes, cargos no retribuidos...».

Por su parte, la Constitución Italiana de 27 de diciembre de 1947, reconoce en su artículo 51 que «Todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder a los cargos públicos y a los puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos en la Ley. La Ley puede, para la admisión a cargos públicos y a los puestos electivos, igualar a los ciudadanos y a los italianos no pertenecientes a la República».

---

(5) De este Texto Constitucional resultan muy importantes los artículos referidos a los derechos de los funcionarios. En concreto, los artículos 129 a 131.

Otro importante grupo de precedentes de este siglo está constituido por las Declaraciones Universales. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos de Nueva York de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 21 reconoce que: «1. Toda persona tiene derecho a participar en el Gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país...».

Con carácter general y, a modo de resumen, de lo expuesto aquí cabe indicar que las Constituciones Europeas del presente siglo, así como, los Textos Internacionales en la materia han consagrado expresamente el derecho de los ciudadanos al acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos. En él, es necesario indicar que los Textos Constitucionales y Tratados Internacionales a los que se ha hecho referencia no efectúan consideraciones explícitas en torno al tema de si en las funciones públicas deben entenderse incluidas o no la función pública profesional, por lo que es válido afirmar que el derecho de acceso a las funciones públicas a que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución española de 1978 está redactado en forma semejante a la del resto de Constituciones Europeas del presente siglo.

### III. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DE LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

#### 1. *Ambito subjetivo de aplicación del artículo 23.2*

Es indudable que la determinación del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución está indisolublemente unida, en este caso, a la determinación del ámbito objetivo, ya que de las conclusiones que puedan extraerse en torno a la definición de qué se entiende por funciones y cargos públicos, se deduce inmediatamente una repercusión en la titularidad del ejercicio del mismo. No obstante, esta delimitación ha planteado algunas controversias, que pasamos a analizar.

### 1.1. La cuestión terminológica

Se suscita aquí, como en otros tantos apartados y preceptos de la Constitución de 1978, el problema de determinar quiénes son los titulares del derecho fundamental, desde un punto de vista de la interpretación gramatical.

Si nos detenemos en la lectura atenta del párrafo 2.º del artículo 23, podríamos llegar a la conclusión de que dicho precepto no establece el titular del derecho controvertido ya que en él se indica que «asimismo, tienen derecho a acceder...». La pregunta clave es por demás obvia: ¿Quiénes? La respuesta, debe encontrarse en una interpretación conjunta con el párrafo 1.º del artículo 23 que se refiere al derecho a la participación personal o por representación democrática en los asuntos públicos y que, cabalmente, comienza indicando que dicho derecho corresponde a los «ciudadanos».

El riesgo inicial de esta interpretación sistemática de ambos apartados se encuentra en la identificación absoluta en sus vertientes activas (ap. 1.º) y pasiva (ap. 2.º) del derecho de participación que se consagra el artículo 23 de la Constitución y que claramente mermaría el ámbito subjetivo del apartado 2.º del artículo 23.

Pero retomando la cuestión en los términos en los que nos la hemos planteado en este epígrafe debe reconocerse que la expresión del titular, centrada en los ciudadanos, es un ejemplo más de lo que PECES-BARBA (6) ha denominado gráficamente como «infracción de la directiva lingüística de la uniformidad terminológica», que se refleja en la diversidad de términos que se emplea a lo largo de todo el Título I de la Constitución y que se refiere unas veces a «los españoles» o «a todos los españoles» (arts. 14, 19, 29.1, 30.1, 35 y 45), y otras, simplemente, a

---

(6) PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Génesis de los Derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución de 1978*. Introducción a los Derechos fundamentales, tomo I, pág. 301.

«todos» (arts. 15, 27.1, 28.1 y 45.1), otras, «a las personas, a toda persona o a todas personas» (arts. 17.1, 24.1) y, en el presente supuesto y sin ninguna otra coincidencia a lo largo del Título I, exclusivamente a los ciudadanos.

Es curioso observar cómo a lo largo de todo el debate constituyente la cuestión de la terminología no planteó controversias ya que, lo relativo al titular del derecho reconocido en el artículo 23 no sufrió modificaciones con respecto al Texto del Anteproyecto Constitucional publicado en el Boletín Oficial del Congreso de 5 de enero de 1978 (7).

La exégesis justificadora de la utilización de dicha expresión no ha sido uniforme. Así, para SANTAMARÍA PASTOR (8) la utilización de esta expresión «es bien significativa de la decisión expresa del constituyente en el sentido de limitar la titularidad de este derecho a los nacionales españoles, con exclusión, por tanto, de los extranjeros». A su juicio, «el empleo singular de la expresión los ciudadanos» para designar a los titulares de este derecho, frente a la fórmula de «los españoles» que se utilizaba en otros artículos del Capítulo II (arts. 19, 29, 39 y 35) parece remitir a un concepto cualitativamente distinto e indicativo de un grado de mayor capacidad, lo que habilita al legislador a consagrar supuestos de suspensión o privación de sufragio activo, incluso en defecto de previsión constitucional concreta». Estas reflexiones las realiza SANTAMARÍA PASTOR para justificar la utilización del término en el apartado 1 del artículo 23 de la Constitución, pero son, igualmente aplicables a su inclusión indirecta en el párrafo 2.º, ya que, como se ha dicho, la determinación del titular del derecho exige, en todo caso, una interpretación concordada de ambos apartados. Es esta, por tanto, una de las posibles interpretaciones de las que tratan de justificar la utilización del término ciudadanos mediante la indicación de

---

(7) Textualmente señalaba «artículo 23.2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad de las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes».

(8) SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Comentarios a la Constitución*. FERNANDO GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1985, pág. 445.

que el derecho corresponde únicamente a aquellos españoles que, según las leyes, tengan capacidad.

Estas posiciones se alinean claramente en la diferenciación de dos conceptos que en la dogmática jurídica, tanto pública como privada, están suficientemente explicados (9), y que se encuadran en el marco de la concepción que GARRIDO FALLA (10) propone como ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución que, en su criterio, no incluye los puestos de trabajo de la función pública profesional a la que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución. En síntesis, por tanto, la utilización del término se corresponde con el propósito de señalar que el derecho solamente corresponde a aquellos nacionales a los que las leyes les confieran capacidad para intervenir en la vida pública, que por lo demás se identifica con la función pública no profesional.

Esta interpretación no es compartida por SÁNCHEZ-MORÓN (11) para quien «no cabe colegir que la expresión ciudadano en cuanto que reduce la condición de sujeto del derecho a participar a los titulares de derechos políticos y éstos son definidos por el ordenamiento, puede dar cabida a una restricción del derecho de carácter significativo, ya que en todo caso, deberá respetar el principio de igualdad en los términos establecidos en el artículo 14». Ya en el plano estricto del debate afirma que «el principio de igualdad tendrá, eso sí, un contenido parcialmente diferente... según el tipo de cargo o función a desempeñar y el procedimiento de acceso. Pero afecta a todo tipo de funciones y cargos públicos, con relación a los cuales el artícu-

---

(9) Nos indica CASTÁN TOBEÑAS que sólo son ciudadanos los naturales de un Estado a quien se les conoce capacidad política para intervenir en la vida pública (Derecho Civil español, Madrid, 1963, tomo I, vol. III, pág. 252, nota 1).

(10) GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pág. 452.

(11) SÁNCHEZ-MORÓN, M.: *El derecho de participación*. Comentarios a las leyes políticas, OSCAR ALZAGA VILLAMIL y otros, Madrid, pág. 667.

lo 23.2 sanciona su mismo derecho fundamental, dotado de una misma tutela jurídica excepcional». De hecho, el Tribunal Constitucional ha venido a reconocer la aplicación del artículo 23.2 en cuestión a los supuestos de acceso a la función pública profesional (Sentencia 22 de diciembre de 1991).

Es claro, por tanto, que las dos interpretaciones conocidas presentan un matiz diferencial en torno al ámbito objetivo de qué debe entenderse por funciones públicas y consecuentemente por el alcance del derecho reconocido por el artículo 23 a los ciudadanos. Ahora bien, en lo que sí parece que existe un cierto consenso es en afirmar que la opción terminológica elegida no es inocua, sino que muy al contrario tiene por objeto determinar con precisión quienes son los comprendidos en el ámbito de titularidad del derecho en cuestión que, en una primera aproximación quedaría así centrado en un determinado grupo de nacionales españoles y que, por tanto, excluiría a quienes no son nacionales, y asimismo a quienes siendo no tienen la capacidad según las leyes.

Esta interpretación plantea, no obstante, dificultades teóricas que deben resolverse antes de aceptarla por entero. A nuestro juicio, esas dificultades están centradas en determinar si el criterio de la nacionalidad es válido como fórmula de exclusión absoluta a la vista de la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación y de la inclusión en el mismo de la función pública profesional en la que esta exclusión absoluta de los no nacionales ha sido tradicionalmente cuestionada (12).

Esta impugnación se ve seriamente reforzada con la problemática derivada del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, que configura la libertad de circulación de los trabajadores como una de las libertades básicas sobre las que se sustenta el Ordenamiento Comunitario y que obliga a una definición estricta del concepto de Administración Pública como ámbito exento del ejercicio de aquella libertad.

---

(12) Vdo. SÁNCHEZ-MORÓN, M.: Comentarios al artículo 23.2 de la Constitución. *Comentarios a las Leyes Políticas*, ob. cit., pág. 672.



En esta misma línea debe destacarse que la aprobación del Tratado de Maastricht de reforma del Ordenamiento Comunitario Europeo, abre un nuevo frente al reconocer el derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales a todos los integrantes de la CEE que residan en el municipio.

## 1.2. Los extranjeros como titulares del derecho de acceso a las funciones públicas

Como anteriormente se ha puesto de manifiesto, en lo que sí parece existir unanimidad es en el hecho de admitir que la mención de ciudadanos como titulares del derecho contemplados en el artículo 23 de la Constitución, tiene sentido si con ello se pretende negar la posibilidad de que los extranjeros puedan ser titulares del mismo.

La cuestión enlaza, en el plano teórico, con la consideración de la nacionalidad como un estado civil que afecta directamente a la capacidad de obrar de las personas. En todo caso, sería incorrecto afirmar que los efectos de la nacionalidad se despliegan únicamente en el ámbito jurídico-privado, ya que, como muy bien indica DÍEZ PICAZO y GULLÓN (13), la nacionalidad es un vínculo que liga al individuo o súbdito con un determinado Estado sin perjuicio de que este vínculo, como pura cuestión de derecho positivo, permita afirmar que la pertenencia a una comunidad nacional no tiene por qué coincidir necesariamente con la sumisión al Estado como organización política. Esta perspectiva es la que permite abandonar el concepto de nacionalidad como un vínculo exclusivo de carácter jurídico-público para convertir en una institución cuyo interés interdisciplinario (Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Civil, Derecho Internacional, etc...) resulta indudable.

---

(13) DÍEZ-PICAZO DE LEÓN, L. y GULLÓN, S.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, séptima edición, Madrid, 1990, pág. 314.

De este conjunto, no interesa, en este momento, referirnos a la nacionalidad como habilitante de la capacidad de obrar en el ámbito público, lo cual nos enfrenta con el análisis de concepto de derecho público subjetivo.

A este respecto es necesario reconocer que el derecho que analizamos se configura como un auténtico derecho subjetivo que cumple los requisitos básicos a los que SANTAMARÍA PASTOR (14) concede la consideración de determinantes para detectar la condición de tal. Así, tiene su origen en una norma (constitucional y legal), poseen un objeto específico y concreto, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente concreta y específica exigible a un sujeto pasivo, y, es una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés de su propio titular...».

En esta misma línea es ya clásico el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA (15) que hace una exposición de los supuestos típicos en los que realmente puede hacerse referencia a la existencia de derechos públicos subjetivos. Estos supuestos son, a su juicio, tres: derecho de naturaleza patrimonial, en sus tres clases de contractual, extracontractual por daños y legal; derechos creados, declarados, ó reconocidos por actos administrativos —o, situaciones de libertad articuladas técnicamente con derecho subjetivo—.

En el presente caso es claro que nos referimos al supuesto contemplado en tercer lugar y que, por tanto, el derecho consagrado en el párrafo 2 del artículo 23 reúne todos los requisitos para afirmar la existencia de un derecho subjetivo típico y de estructura idéntica a la del derecho subjetivo en su formulación clásica del derecho privado (16).

---

(14) SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Madrid, 1988, pág. 892.

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Sobre los derechos públicos subjetivos*. Revista de Derecho Administrativo, núm. 6, Madrid, 1975, pág. 427.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Ob. cit.*, pág. 44.

Es evidente que en su acepción representativa el derecho a ocupar cargos y funciones públicas se identifica con el derecho de sufragio pasivo y que éste cumple con los requisitos generales a los que la doctrina se refiere, por lo que, en pura técnica jurídica, nos encontramos con un derecho subjetivo típico con perfiles idénticos a los del ámbito privado.

En todo caso, lo que sí queda claro, como indica PÉREZ SERRANO (17), es que la nota común a todos los Ordenamientos Jurídicos de nuestro entorno es la de que se reconoce solamente a los nacionales la capacidad potencial de aspirar a funciones públicas.

Desde un punto de vista constitucional debe recordarse que conforme al artículo 17.1 de la Constitución «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (Título I) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley». Esta formulación general se completa con lo establecido en el párrafo segundo según el cual «solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse, por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales».

Este precepto se completa con lo señalado en el artículo 6.º de la Ley Orgánica Electoral General, conforme al cual «son elegibles los españoles mayores de edad que poseyendo la cualidad de elector no se encuentren incurso en alguna causa de inelegibilidad...».

En lo que hace referencia al ámbito local señala FERRER PEÑA (18) que la introducción en la ley de extranjeros del requisito de ser residente para poder ejercer el derecho de sufragio en las elecciones municipales había complicado la interpreta-

---

(17) PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, segunda edición, Madrid, 1984, págs. 669 y 670.

(18) FERRER PEÑA, R.: *Los Derechos de los extranjeros en España*, Madrid, 1989, págs. 79 y 80.

ción en los casos en los que el reconocimiento del derecho no deriva directamente de un Tratado. La cuestión ha quedado zanjada o al menos situada en sus estrictos términos, en el artículo 176, de la Ley Orgánica Electoral General, según el cual «los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado». Esta regulación conduce a señalar que lo que el Tratado introduce es el derecho de voto, pero no las condiciones de éste, que son las reguladas con carácter general.

Es claro, por tanto, que el denominado derecho de sufragio pasivo no se reconoce sino a quienes conforme al derecho interno, tienen la condición jurídica de nacionales españoles. Desde esta consideración nada hay que resaltar ya que tanto en los Ordenamientos Internacionales de corte semejante al español, como en los propios Textos Constitucionales vigentes en España a lo largo de su historia ha sido tónica habitual el que el derecho a ser elegido sólo pudiera recaer en quienes ostentaban la condición jurídica de españoles.

Así las cosas, el problema se centra en determinar si es posible predicar la misma concordancia interna de los preceptos constitucionales cuando se trata de firmar la imposibilidad de que los extranjeros ocupen funciones públicas en el seno de la función pública profesional.

### 1.3. Los extranjeros y la función pública profesional

Continuando aquí con la cuestión planteada en el último inciso del apartado anterior debemos indicar que, como se ha visto, desde el principio el Tribunal Constitucional y por ende el Tribunal Supremo vienen reconociendo incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución las cuestiones referidas a la relación de servicios del personal de función pública profesional, si bien es cierto y no cabe negarlo que la Sentencia 23/1984, de 20 de febrero, estableció una tesis que podía resultar contradictoria con la expuesta sino fuese porque la jurisprudencia anterior y posterior aclaró definitivamente el

tema. La Sentencia indicaba que «el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.1 y de acuerdo con tales preceptos se refiere a los cargos públicos con representación política que son los que corresponden al Estado y los Entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución...».

En todo caso, esta alusión a los cargos públicos de representación, que implicaría una redefinición del ámbito subjetivo del artículo 23.2 se debe entender simplemente como la referencia a una parte del todo ya que los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha entendido que la función pública profesional tiene su cobertura en el artículo 23.2 de la Constitución son tantos, que realmente es innecesario abundar aquí en ello (19). Lo que ya no ha resultado tan pacífico es, precisamente, la exclusión obsoleta de dicho ámbito de los extranjeros.

A este precepto señala SÁNCHEZ-MORÓN (20) que «imponer el requisito de la nacionalidad española con carácter absoluto e imperativo no parece conveniente... tampoco querido por los redactores del Texto Constitucional. No obstante, en general y salvo causa justificada esa reserva constitucional debe cumplirse...».

Desde el punto de vista de la configuración legal es evidente que el artículo 30 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, sigue manteniendo que uno de los requisitos de ineludible cumplimiento para acceder a la condición de funcionario es, precisamente, la de ser español. Es claro, por tanto, que el requisito de la nacionalidad española se configura así como

---

(19) Sentencias 198/1989, de 27 de noviembre, 47/1989, de 21 de febrero, 67/1989, de 18 de abril, 10/1989, de 24 de enero.

En el trabajo de PIÑAR MAÑAS, J. L.: *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*. Derecho Administrativo, núm. 220, pág. 166, se encuentra, como anexo, una relación de Sentencias del Tribunal Constitucional que se refieren a enjuiciamiento por dicho Tribunal de cuestiones referentes a la función pública profesional.

(20) SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Ob. cit.*, pág. 672.

un requisito legal establecido para el acceso a la función pública profesional.

Hasta aquí la cuestión no ofrece, aparentemente, ninguna dificultad, ya que el requisito de la nacionalidad es así exigible tanto para el acceso a las funciones públicas de carácter representativo como a la que convencionalmente se conoce como función pública de carácter profesional.

La cuestión tiene, a nuestro juicio, un punto de inflexión diferente tras el ingreso de España en la CEE y la aplicación del Ordenamiento de ésta que hace que la eliminación de los obstáculos jurídicos para garantizar la circulación de personas y de trabajadores, uno de los puntos iniciales de aquél. La importancia de la cuestión exige un análisis pormenorizado, de la misma.

#### 1.4. La función pública profesional y el Derecho Comunitario

Con el amparo constitucional previsto en el artículo 93 de la Constitución se dictó la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, que autorizaba la prestación de consentimiento para la adhesión de España en el Ordenamiento Jurídico de las Comunidades Europeas. Dicho consentimiento se plasmó en el Tratado de Adhesión de 12 de junio de 1985.

El Ordenamiento Jurídico Comunitario se integra por un conjunto de normas de contenido complejo, cuya función es, en síntesis, la efectividad de la libertad de circulación entre todos los países integrados en aquél, de las personas, los bienes y las capitales (21).

---

(21) Vid. ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.: *Libre circulación de trabajadores, política social y derecho de establecimiento y libre prestación de servicios en la CEE*, Barcelona, 1988, pág. 16.

El tema que analizamos entronca directamente con la libertad de circulación de los trabajadores que se plasma en «la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo». La libertad de circulación de los trabajadores tiene su plasmación expresa en el artículo 48 del Tratado constitutivo de la CEE y ha sido objeto de un amplio desarrollo en el seno del derecho derivado comunitario (22).

El derecho originario y el derivado, en lo relativo a la libertad de circulación de los trabajadores supone para DURÁN LÓPEZ (23) un conjunto de facultades susceptibles de sintetizarse en el acceso al empleo y la igualdad de trato en cuanto a condiciones de trabajo, complementos del salario y beneficios sociales entre los miembros de los Estados que forman parte de la CEE.

Por lo que se refiere a España es necesario indicar que de conformidad con el artículo 55 del Tratado, de 12 de junio de 1985, la libertad de circulación de trabajadores será plenamente efectiva el 1 de enero de 1983.

Precisamente el hecho de que exista este período de latencia es el que justifica que se efectúen algunos análisis sobre el ámbito de aplicación específico de la libertad de circulación de los trabajadores. En concreto nos interesa en estos momentos determinar el alcance de dicha libertad respecto del empleo público, esto es, aquél en el que la posición jurídica de empresario es asumida por el Estado o alguna entidad y organismo personificado de carácter público.

---

(22) Fundamentalmente, el Reglamento 1612/1968, del Consejo de 15 de octubre, complementado por el también Reglamento del Consejo 312/1976, de 9 de febrero; el Reglamento de Comisión 1351/1970, de 29 de junio y la Directiva 64/211, de la CEE, de 25 de febrero.

(23) DURÁN LÓPEZ, F.: *Libertad de circulación y establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Madrid, 1986, pág. 42.

A este respecto es necesario señalar que, en primer término, la cuestión se resuelve afirmando que conforme al párrafo 4 del artículo 48 del Tratado constitutivo de la CEE, los empleados en la Administración pública de los países miembros están al margen y, por tanto, exceptuados de las reglas generales de la libertad de circulación de trabajadores, por lo cual, podría concluirse, en una primera aproximación que el problema no existe.

El criterio, como claramente acaba indicando el TJCE en la Sentencia de 30 de octubre de 1989 (Asunto 33/88), es que tan sólo quedan dentro de la excepción prevista en el artículo 48.4 del Tratado CEE, los empleos en la Administración pública de los países miembros que impliquen el ejercicio de soberanía o estén directamente vinculados a la satisfacción de intereses generales que están, por tanto, exceptuados de las reglas generales de la libertad de circulación de trabajadores.

Esta proposición refleja que la interpretación del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas, por un lado, y de los propios órganos de gobierno de las Comunidades por otro, que han significado, en realidad, una redefinición del concepto de empleo público, estableciendo, desde el principio que la mera presencia de un organismo público no justifica la exención de las reglas generales sobre libertad de circulación de trabajadores.

Esta problemática nos ha conducido a analizar en otra ocasión (24) cuál debe ser, por tanto, el verdadero ámbito de la exclusión en el Derecho español, o lo que es igual, cuál puede ser el criterio legal o racional para determinar qué empleos en la Administración pública quedan incluidos en el ámbito de la excepción a la que alude el artículo 48.4 del Tratado CEE, en razón a que su ejercicio implique ejercicio de soberanía o esté directamente vinculado a la satisfacción de los intereses generales de la colectividad.

---

(24) Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 1990, pág. 170.



Esta investigación, que obviamente debería hacerse, tomando como base las definiciones y clasificaciones legales, nos lleva a descartar que el ámbito de la excepción pudiese incluir las concepciones maximalistas del sector público que se plasman en alguno de nuestros textos legales, como por ejemplo la que se plasmó en el artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que introduce un ámbito de aplicación notablemente extenso (justificado, probablemente, en aquel caso por razón de la finalidad pretendida con aquella Ley), pero que precisamente por su extensión no podrá ser opuesto como el ámbito de aplicación de la excepción a la que alude el párrafo 4.º del artículo 48 del Tratado CEE, en razón a que la gran mayoría de empleo público a que la Ley se refiere no supone, en modo alguno, el ejercicio de facultades de «imperium» o soberanas.

Excluida, por tanto, esta interpretación de corte maximalista la opción es bastante clara ya que o bien se opta por un criterio legal puramente orgánico como el que aparece definido en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con la ampliación efectuada por la Ley 34/1981, o bien, se adopta un criterio subjetivo, como es el que se deduce del artículo 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de Reforma para la Función Pública, que sin efectuar una definición concreta del concepto de funcionario público (que se encuentra únicamente en el artículo 4 de la parcialmente derogada Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964), sí explicita un ámbito de aplicación coextenso que trata de unificar el régimen jurídico de los funcionarios de las diversas Administraciones públicas, superando así la parcelación jurídica que se había producido hasta ese momento.

La opción orgánica propuesta en primer término plantea notables problemas de aplicación ya que salvo excepciones concretas es realmente complicado afirmar que los organismos o las Administraciones, incluso, en su globabilidad ejercen funciones soberanas con potestad de «imperium» en la línea restrictiva establecida por el TJCE.

La segunda opción propuesta tampoco resulta admisible por su generalidad dado que si rechazamos la primera por esta causa, difícilmente puede aceptarse la que ahora se analiza y que indirectamente conduce a una solución idéntica.

Es claro, por tanto, que ninguna de las dos posibles soluciones apriorísticas tienen virtualidad suficiente para resolver la cuestión planteada, por lo que, el criterio resolutorio debe ser de carácter mixto o fruto de la conjunción de diversos factores. Así, en primer término, no resulta aceptable que, teniendo en consideración el criterio claramente restrictivo en la interpretación de la restricción se intentase incluir en la misma a lo que la Ley de Incompatibilidades denominada «sector público» y que incluye órganos de empresas y en general diversos fenómenos de personificación cuya asunción por el Estado responde a factores de distinta índole pero de los que puede indicarse, desde ahora, que no todos ellos implican ejercicio de potestades soberanas.

En esta misma línea tampoco resulta convincente afirmar que la función pública profesional a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 30/1984, es el ámbito subjetivo al que se refiere la exención del artículo 48.3 del Tratado ya que no es mantenable afirmar que cualquier funcionario por el sólo hecho de serlo ejerce poderes soberanos. Una evaluación o solución correcta pasa por la evaluación concreta del puesto de trabajo o de los grupos de puestos de trabajo que, conforme a los criterios del TJCE, determine cuáles implican realmente el ejercicio de soberanía o de las facultades de «imperium», y cuáles, por el contrario, son puestos de gestión servidos por funcionarios públicos, pero que no pueden quedar incluidos en el ámbito de la exención examinada.

El análisis y la evaluación propuestos debe efectuarse sobre los puestos de trabajo sin que, con carácter general, pudiera realizarse en razón al cuerpo o escala de funcionarios, ya que en la mayor parte de las ocasiones sólo alguno o algunos de los puestos de trabajo reunirán las condiciones exigidas para ser incluidos en el ámbito excepcional que analizaremos.

En todo caso, el problema que se presenta es el de determinar cuáles son las adaptaciones que nuestro Ordenamiento Jurídico debe realizar para hacer efectiva la libertad de circulación de los trabajadores.

### 1.5. Perspectivas para la adaptación de ambos Ordenamientos Jurídicos

El motivo real del presente análisis es lógica consecuencia a las obligaciones que asume un Estado por la decisión de ingreso en la estructura comunitaria, uno de cuyos postulados básicos se encuentra, precisamente, en la primacía absoluta de sus normas jurídicas.

Es la anterior circunstancia la que obliga a los Estados miembros a efectuar las adaptaciones necesarias en la estructura de su Ordenamiento interno para evitar las fricciones que puedan surgir entre uno y otro Ordenamiento Jurídico.

La posible colisión en la cuestión que aquí se analiza podría resolverse, como en otras ocasiones mantuve (25) con la reforma del artículo 30 de LFCE y las normas reglamentarias de desarrollo. Sin embargo, la posición del máximo intérprete de la Constitución, integrando la función pública profesional en el ámbito subjetivo del artículo 23.2 hace que la solución propuesta sea claramente insatisfactoria ya que el requisito de la ciudadanía y, por tanto, el de la nacionalidad adquiere así rango constitucional, por lo cual, la perspectiva de la adaptación es muy diferente.

Desde esta consideración podríamos indicar que las diversas posibilidades interpretativas podrían resumirse en las siguientes:

---

(25) Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública, ob. cit.*

### A) Reforma de la Constitución

Declaración de inconstitucionalidad del Tratado de adhesión y por ende de los Tratados Comunitarios.

Esta posibilidad se derivaría de una concepción global del Derecho Comunitario en virtud de la cual sea directamente referenciable el conflicto normativo en un artículo de los Tratados constitutivos de las comunidades, que plantearía, por tanto, la controversia como una colisión directa entre un Texto Constitucional y un Tratado internacional.

La cuestión propuesta ha sido tradicionalmente abordada por la doctrina y así cabe recordar que ya KELSEN (26) afirmaba que «ninguna regla de Derecho Internacional se opone al control de inconstitucionalidad de los Tratados, sí, como es obligado admitir, el Derecho internacional autoriza a los Estados a determinar en su constitución los órganos que puedan concluirlos válidamente».

Por su parte SERRANO ALBERCA (27), abunda en la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de un Tratado es un mecanismo necesario para preservar la superioridad constitucional que, además, no vulnera lo previsto en el artículo 96 de la Constitución ya que no supone derogación, modificación o suspensión del mismo que es a lo que se refiere estrictamente el artículo 96.

Sin embargo, esta posibilidad con ser teóricamente aceptable es lo cierto que resulta políticamente inviable en estos momentos, por lo cual, su formulación más correcta, si se quiere mantener el *status* del país comunitario, debería pasar precisamente por lo contrario, esto es, por la reforma del propio Texto Constitucional para solventar la antítesis.

---

(26) KELSEN, H.: *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*. Revue droit public et la science politique. T. XLV.

(27) SERRANO ALBERCA, J. M.: *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, F y otros, Madrid, 1985, pág. 1345.

En todo caso y desde una concepción de conjunto, parece que la cuestión planteada carece de la entidad suficiente para fundar en sí misma, un proceso de reforma constitucional. A esto debe de añadirse el peligroso precedente que reduce a esta opción las siempre difíciles pautas de la armonización de dos Ordenamientos Jurídicos obligados a convivir.

#### B) Redefinición constitucional del ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la Constitución

El Tribunal Constitucional ha indicado en numerosos supuestos que no constituye una discriminación constitucionalmente ilegítima el que se produzca un cambio de criterio en la interpretación de una norma siempre que el mismo sea razonable y que, además, se motive suficientemente.

Esta misma doctrina podría ser la base para redefinir el ámbito subjetivo-objetivo del artículo 23.2 en busca de una interpretación que se aproxime a la que la doctrina predicaba en los primeros comentarios constitucionales y que, sin síntesis, se identificaría en hacer del artículo 23.2 la sede natural de las funciones públicas representativas y electivas, y del artículo 103.3 la ubicación constitucional de la función pública profesional.

Con todo es justo reconocer que con exceso o sin él, desde los planteamientos de la interpretación constitucional originaria, la doctrina del Tribunal Constitucional referida a la función pública profesional ha constituido un importante freno a las posibles infracciones constitucionales que si no tienen esta vía de revisión constitucional, perderían dicha posibilidad de fiscalización que tendría que referirse a cuestiones genéricas como el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitucional ya muy matizado constitucionalmente.

Esta circunstancia nos lleva a rechazar la misma solución al problema planteado.

C) Diferenciación de los ámbitos constitucional y comunitario: la coexistencia y sus consecuencias

Una tercera vía de solución del conflicto propuesto sería la de separar completamente los ámbitos del artículo 23.2 de la Constitución de la del artículo 48.3 del Tratado de la CEE, de forma que el primero sea aplicable a los españoles y el segundo a todos los comunitarios por el hecho de serlo.

De esta forma la simple modificación de la LFCE (28) y la supresión del requisito de ser español para acceder a determinados puestos de la función pública española permitiría que los nacionales de los países comunitarios pudieran acceder a la función pública, con lo que antinomia estaría resuelta.

Sin embargo, el precio real de esta coexistencia es muy alto ya que con ello se produciría una escisión en la tutela de este derecho ya que tan sólo podrían acceder a los mecanismos de defensa constitucional quienes además de ser funcionarios públicos profesionales reúnan el requisito de ser españoles, de conformidad con el artículo 23.2 de la Constitución, quedando privados de dicha tutela quienes no reúnan aquel requisito, aun cuando legítimamente estén en situación de acceder a la función pública española por aplicación de los principios básicos de la libertad de circulación de los trabajadores impuesta por el Ordenamiento Comunitario.

Es indudable que esta solución, con ser menos dramática que las anteriores, tampoco puede resultar enteramente aceptable, por lo que necesariamente debemos intentar una solución que coordine mejor las diferentes tesis.

D) De la primacía del Derecho comunitario a una interpretación flexible del concepto de ciudadanía en el marco de las relaciones comunitarias

La tesis que se propone toma como punto de partida las dos ya muy clásicas Sentencias del TJCE, de 15 de julio de 1964

---

(28) Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

(M. Flaminio Costa contra E.N.E.L.) y de 9 de marzo de 1978 (Simenthal), que podríamos resumir con lo manifestado en esta última, cuando señala que «que, por lo demás, en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en su relación con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también,... el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias (29).

Esta interpretación que, desde luego, exige una redefinición de muchos sectores del Ordenamiento Jurídico interno tiene, no obstante, la ventaja de conciliar las diferencias de las posiciones anteriormente planteadas y especialmente hace compatible el Texto Constitucional con el mantenimiento del *status* comunitario y aun con la primacía de las normas de éste (30).

## 2. *Consideraciones sobre el ámbito objetivo del artículo 23.2 de la Constitución*

Examinada hasta el momento la vertiente puramente subjetiva del derecho de acceso a las funciones públicas es necesario que nos aproximemos ahora al perfil objetivo del derecho que se analiza y que ha sido ampliamente tratado en la jurisprudencia.

---

(29) Sobre el efecto directo de la normativa comunitaria puede verse: ALONSO GARCÍA, R.: Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo, Madrid, 1989.

(30) Un ejemplo semejante a lo que se postula en este apartado puede encontrarse en el Real Decreto 174/1991, de 15 de febrero, sobre requisito de la nacionalidad para la incorporación de los Colegios de Abogados o Procuradores que ha homologado la nacionalidad española con la de cualquiera de los Estados miembros de la CEE.

cia del Tribunal Constitucional en los últimos años de manera que hoy presenta unos matices que permiten delimitar, con una cierta nitidez, los límites reales del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, las normas que, a nuestro juicio caracterizan la doctrina del Tribunal Constitucional son las siguientes:

### 2.1. El derecho de acceso a las funciones públicas con un derecho de contenido legal

Esta afirmación puede resultar, a priori, como una aseveración por demás obvia ya que el último inciso del artículo 23.2 se refiere precisamente a que el derecho de acceder será con «los requisitos que señalen las Leyes». Es claro, por tanto, que la Ley se configura como el elemento determinante, desde un punto de vista constitucional, para establecer los requisitos que delimiten el derecho de acceso a las funciones públicas. Sin embargo, su configuración con un derecho de carácter legal encierra una rica gama de matices en la interpretación del Tribunal Constitucional, que justifica su estudio en un plano de más interés que el que a priori sugiere el enunciado propuesto.

En esta línea podemos aludir a las siguientes cuestiones:

#### A) Desarrollo armónico

El desarrollo legal debe coordinar los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, en lo que se refiere al acceso a las funciones públicas conforme a reglas que aseguren el respeto a los principios de méritos y capacidad.

Con esta interpretación el Tribunal Constitucional obvia las objeciones formuladas por algún sector doctrinal, a las que ya hemos aludido en el apartado anterior, y que suponía énfasis en señalar cómo el artículo 23.2 de la Constitución de 1978 era regresivo, desde una perspectiva de historia constitucional ya



que suprimió las alusiones al mérito y la capacidad en el acceso a la función pública.

En lo que hace referencia a la formulación concreta de la interpretación concordada el Tribunal ha sido contundente al afirmar que «el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución, que ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución...». Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril (31).

Sin embargo es, a nuestro juicio, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1989, de 20 de abril, la que establece las verdaderas reglas de la interpretación concordada cuando recuerda que «en el artículo 23 se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales a través del cual se despliega un aspecto de la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el artículo 1 de la Constitución...». Es claro, por tanto, que la interpretación conjunta del artículo 23.2 y el 103.3 de la Constitución se refiere, básicamente, a las funciones públicas y puestos de carácter funcional ya que dada la interpretación constitucional referida a la titularidad del derecho de acceso, es claro, que los principios de mérito y capacidad constituyen la pauta interpretativa para determinar si la Ley respeta o no el contenido esencial del derecho, en la prescripción común a todos los derechos del Capítulo II que establece el artículo 53.1 de la Constitución.

---

(31) En igual sentido la Sentencia 10/1989, de 24 de enero, señala que «debe recordarse que el artículo 23.2 consagra el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las Leyes. Se trata, pues, de un derecho de configuración legal... correspondiendo al legislador señalar los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo 103.3 de la Constitución.

## B) La determinación del margen constitucional del legislador

En el apartado anterior ya mencionábamos que la Constitución configura de forma amplia, las facultades del legislador para fijar el contenido concreto del artículo 23.2 con el límite genérico del respeto al contenido esencial del derecho. Sobre esta base la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1985, de 21 de junio, señala que «una de las características del artículo 23.2 de la Constitución española es el muy amplio margen para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a los cargos y funciones públicas y más concretamente, al tratarse de cargos directamente elegidos por los ciudadanos para configurar el correspondiente sistema electoral. Del artículo 23.2 de la Constitución española resulta que el derecho a ser elegido se adquiere con los requisitos que señalan las leyes de manera que no puede afirmarse que el precepto así considerado, derive la exigencia de un determinado sistema electoral».

Esta última consecuencia es de notable importancia, ya que nos pone de relieve la inexistencia de un sistema concreto constitucionalmente hablando, de regulación del acceso a los cargos públicos que debe ser confeccionado por el legislador ordinario y que, puede, por tanto, establecerlo, modificarlo o sustituirlo sin más condicionantes que el que cualquiera que sea la fórmula elegida se respete el contenido esencial del derecho (32).

---

(32) La Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1983, de 25 de mayo, se refiere, en este sentido, al establecimiento por ley de causas de inelegibilidad que corresponde a la Ley Electoral en desarrollo pormenorizado del artículo 70 de la Constitución. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1989, de 20 de abril, claramente recuerda que «desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, es obligado integrar en este derecho la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen la garantía del correcto desarrollo de la elección...».

### C) La interpretación de los requisitos

Para concluir este apartado es necesario indicar que el Tribunal Constitucional ha plasmado en la interpretación de este apartado una teoría general por él mismo establecida en la interpretación de las normas que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales y que se identifica con la necesidad de acoger la interpretación que resulte más favorable para el ejercicio del derecho fundamental. Su plasmación concreta puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989, de 16 de octubre.

#### 2.2. Asimilación del acceso y la permanencia en los puestos públicos como contenido concreto del artículo 23.2 de la Constitución

La redacción literal del derecho contemplado en el artículo 23.2 refiriéndose al «acceso a las funciones públicas» suscitó algunas dudas iniciales sobre el auténtico alcance del mismo. El Tribunal Constitucional formuló desde el principio una doctrina notablemente amplia en lo que al alcance se refiere.

Una primera línea interpretativa, podría identificarse con la inclusión en el artículo 23.2 del derecho a la permanencia en los cargos públicos sin intromisión ilegítima. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero, indica, con toda claridad que «el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanencia en los mismos porque, de otro modo, el derecho fundamental quedaría vacío de contenido...». Esta formulación general se completa con lo señalado por la Sentencia del mismo Tribunal 28/1984, de 28 de febrero, conforme a la cual «el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el de permanecer en los mismos en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes, así como el derecho de no ser removidos de los cargos o funciones públicas a las que se accedió, si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos».

Esta doctrina tiene un punto más de avance que resulta notablemente importante y que se representa en la necesidad de que la causa de remoción o cese está, previamente, establecida en la norma legal reguladora de la elección. Por este motivo la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1984, indicó que «el cese en la condición de parlamentario foral en virtud de una causa no prevista en la normativa aplicable en el momento en que se produce el cese... vulnera el derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 de la Constitución española».

Otro aspecto importante en la delimitación del derecho analizado es el que tiende a asegurar el desempeño de la función pública en condiciones de igualdad, que se representan en la defensa frente a intromisiones ilegítimas. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1985, indicó que «el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implica también, necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la Ley que, como es evidente no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que se vacíe de contenido la función que han de desempeñar, o se le estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros...». Este mismo criterio se plasma en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1989, de 27 de abril (FJ 2.º).

El concepto de intromisiones ilegítimas «ha acotado algunos puntos de debate en la doctrina Constitucional. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1989, reconoce que el acceso a la información y a su análisis, incluso con asesores técnicos está incluido entre los que son objeto de protección y tutela en vía de amparo (33).

---

(33) El Auto del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1990, indica, sin embargo, que no es objeto del recurso de amparo las contestaciones efectuadas por el Ejecutivo en el seno de las relaciones de control parlamentario tienen un contenido político no revisable por el Tribunal Constitucional. Esta misma doctrina se plasma en la Sentencia de 29 de noviembre de 1990.

Frente a esto, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de diciembre de 1990, ha indicado que las decisiones puramente organizativas de los órganos rectores de las Asambleas Parlamentarias respecto a la inclusión o no en determinadas Comisiones no constituye objeto de amparo, aun cuando la decisión conlleve efectos y repercusiones económicas.

La formulación a la que nos acabamos de referir nos enfrenta con una cuestión capital cual es la determinación del titular de la facultad de desarrollo específico del artículo 23.2 de la Constitución. A este respecto ya hemos indicado que en la posición del Tribunal Constitucional el derecho contemplado en el artículo 23.2 es un derecho de configuración legal, por lo que, como primera aproximación, podríamos indicar que el titular de la facultad de desarrollo es el legislador.

La cuestión que se plantea inmediatamente es la de determinar cuál es el margen de actuación del legislador. La Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1985, aborda esta cuestión e indica que «una de las características del artículo 23.2 de la Constitución española es el muy amplio margen de libertad que confiere el legislador para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a los cargos y funciones públicas y más concretamente... para configurar el correspondiente sistema electoral...».

Sin embargo, ese amplio margen tiene, a nuestro juicio, algunas matizaciones. Así, las Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1989 y 72/1989, establecen que la competencia de dicho Tribunal se extiende a analizar si las reglas y requisitos de los sistemas electorales son «razonables», esto es, si constituyen requisitos objetivos de ordenación general de un proceso electivo o si, por el contrario, son en realidad trabas injustificadas de acceso a los cargos y funciones públicas.

En segundo término, no debe de obviarse tampoco la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1989, de 16 de octubre, que consagra, en este ámbito, una

interpretación de todas las normas en el sentido más favorable al ejercicio de los derechos (FJ 6).

Por último, es necesario indicar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1982, de 11 de octubre, aporta el punto de cierre al análisis que estamos efectuando al indicar que «cabe inferir del artículo 23.2 de la Constitución española que si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público, también tienen el derecho de dimitir de ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que no estando prohibida, está permitida, aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión.

### 2.3. La fijación de límites para el acceso a la función pública: en especial al acatamiento constitucional

Es este uno de los puntos sobre los que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse un mayor número de veces, motivo por el cual sus formulaciones resultan hoy extremadamente precisas.

En todo caso, hay que indicar que existe una premisa básica para abordar la cuestión y no es otra que la necesidad de que el establecimiento de cualquier límite o matización sólo pueda efectuarse por una norma con rango de Ley (34).

La cuestión central en materia de límites se ha fijado en torno a la exigencia de jura o promesa para acceder al ejercicio de funciones públicas y la forma de realizar e imponer tal exigencia.

A este respecto es necesario comenzar indicando que la «exigencia de un juramento o promesa y la fórmula para reali-

---

(34) Se trata de una doctrina ampliamente reiterada y cuyo ejemplo puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1985, de 25 de enero.

zarlo, en la medida en que constituyen una condición de la plena adquisición del cargo de Concejal y de su ejercicio... es inexcusable en este caso del derecho a los mismos recurrentes otorga el apartado segundo del mismo artículo a acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes (Sentencia 8/1985, de 25 de enero).

A partir de esta declaración inicial, es en la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1990, de 21 de junio, en la que se aborda directamente la cuestión en el recurso interpuesto por una serie de Diputados de negarles su condición plena de tales por haber variado la fórmula de juramento o promesa establecida (35).

La doctrina del Tribunal Constitucional en esta Sentencia puede sintetizarse en los siguientes extremos:

- La jura o promesa no es un requisito directamente derivado de la Constitución.

El Tribunal Constitucional declarará que este requisito no viene impuesto por la Constitución, si bien, tampoco es contrario a ella. Es consecuencia, primero, de una decisión, reglamentaria y después, de un requisito legal (art. 108-6 de la Ley Orgánica 5/1985).

- La jura o promesa no crea un deber de sujeción constitucional.

«La obligación de prestar juramento o promesa de acatar la Constitución no crea el deber de sujeción a ésta que resulta ya de lo dispuesto en el artículo 9.1.»

---

(35) Anteriormente, el Tribunal Constitucional se había pronunciado en tres ocasiones sobre el tema en las Sentencias del Tribunal Constitucional 101/1983, 122/1983 y 8/1985. En las dos primeras el problema era diferente ya que lo que planteaba era simplemente la negativa a jurar o a prometer, y, en la tercera, a la que ya nos hemos referido, el del rango de la norma que puede establecer la medida.

- La obligación de acatar la Constitución sólo puede imponerse a quienes hubiesen resultado elegidos para el desempeño de funciones representativas.

La Sentencia analizada indica al respecto que la justificación de esta delimitación estriba en que quien ejerce funciones representativas «ha solicitado y obtenido el voto de los electores para orientar la actuación pública dentro del marco constitucional en un sentido determinado...».

- La justificación del resultado concreto y las facultades interpretativas del Presidente del Consejo de los Diputados.

No resultaría acertado el análisis sino justificásemos la resolución final de la Sentencia examinada que, otorgó, al amparo solicitado y reconoció a los recurrentes su derecho a acceder a las funciones públicas de las que habían sido privados por la decisión del Presidente del Consejo de los Diputados.

La línea argumental utilizada por el Tribunal Constitucional para, en concreto, otorgar el amparo derivá, de un lado, del análisis de las facultades del Presidente del Congreso de los Diputados en la interpretación del Reglamento de aquella Cámara y que según la Sentencia, resultó «lesiva del derecho de los recurrentes a acceder a la condición de Diputados en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes, porque incluye entre tales requisitos una prohibición que no figura en las leyes mismas».

En segundo término, el argumento definitivo es puramente teológico ya que la «prohibición de adicionar a la fórmula de palabras que no condicionan ni limitan el acatamiento no figura en el Reglamento del Consejo de los Diputados, es cosa obvia pues esto no contiene fórmula alguna».



#### 2.4. La interpretación específica de otros límites

Los numerosos recursos planteados en los últimos años sobre la materia que aquí se analiza nos permite señalar ahora algunos criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en la valoración de qué circunstancias podrían considerarse contrarias al derecho reconocido en el artículo 23.2 y por contra, qué otras medidas de gestión y ordenación de la función pública pueden establecerse sin atentar contra aquel derecho.

##### A) La fijación de un límite de edad para el acceso a la función pública

Esta cuestión fue abordada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 75/1983, de 3 de agosto, que comenzó por indicar que «la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública, es una de las circunstancias comprendidas en los artículos 14 y 23.2 desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios.

No obstante lo anterior el Tribunal Constitucional establece más adelante en esta misma sentencia el criterio definitivo sobre la posibilidad de establecimiento de un límite de edad. A este respecto el Tribunal Constitucional indica que «sería legítima una decisión legislativa que, atendiendo a la edad y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente, límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos».

Es claro, por tanto, que con los requisitos expuestos es plenamente legítimo el establecimiento de un límite de edad para el acceso a la función pública.

Más adelante el Tribunal Constitucional tendría que pronunciarse en torno a si era o no legítimo el establecimiento de una edad máxima de permanencia en la función pública. La aplicación de los fundamentos esenciales de la teoría estatutaria llevó al Tribunal Constitucional a admitir, también, el esta-

blecimiento, con carácter general, de un límite de edad para la permanencia en la función pública (esta tesis puede encontrarse con carácter general en la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de julio de 1986 y 11 de junio de 1987).

- B) La exigencia de una determinada titulación no es, en sí misma, una medida discriminatoria

Es esta otra de las cuestiones que muy tempranamente se sometió al arbitrio del Tribunal Constitucional. La Sentencia de este Tribunal 42/1981, de 22 de diciembre, señaló al respecto que «la exigencia de una cualificación técnica para desempeñar una función no es contraria al principio de igualdad siempre que sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de éstos, pero no al procedimiento seguido para adquirirlos o al Centro en donde fueron adquiridos, pues cualquiera de estas fórmulas sí implica ya una diferencia no justificada y, en consecuencia, una violación del principio de igualdad...».

- C) La reserva de funciones públicas

Se aborda aquí una cuestión que tradicionalmente ha sido polémica en el seno de la función pública cual es la de las pruebas restringidas.

A estos efectos incluimos en el citado concepto cualquier tipo de pruebas de acceso a la función pública en los que se establece algún tipo de medida en favor de determinados colectivos a los que en razón a circunstancias de índole diversa se les diferencia a la hora de acceder a la función pública.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1986, abordó la cuestión e indicó que «lo que resultará contrario al derecho reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución es cualquier

reserva explícita o encubierta de funciones públicas 'ad personam' o la adscripción personal «a personas individualmente seleccionadas, pero no la identificación de modo abstracto y en virtud de un hecho objetivo de hallarse ocupando determinadas plazas. De este modo, la consideración como mérito de la antigüedad de un empleo o función no podría considerarse como referencia individualizada y concreta, de por sí lesiva de derecho a la igualdad».

Este criterio ha sido definitivamente matizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989, de 18 de abril, al indicar que «la desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia de un período de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad».

#### IV. LAS FACULTADES REVISORAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALCANCE Y CONTENIDO

Para concluir, parece oportuno efectuar un análisis genérico de las conclusiones generales que el Tribunal Constitucional ha establecido en orden a determinar el alcance real de sus propias facultades en el enjuiciamiento de las cuestiones planteadas con el amparo procesal del artículo 23.2 de la Constitución. En síntesis, estas conclusiones podrían resumirse en las siguientes:

##### 1. *Contenido de la revisión constitucional*

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas Sentencias, entre las que merecen destacarse la 160/1989, de 10 de octubre y la 38/1989, de 15 de febrero.

En la primera citada, la 160/1989, el Tribunal recalcó que «los recursos electorales, tanto el previo ordinario como el especial de amparo, no tienen por objeto la subsanación de

cualquier ilegalidad que puedan detectar los partidos o coaliciones electorales en el cumplimiento de la legalidad, ni siquiera de la electoral. Su restringido objeto se circunscribe a la regulación de la proclamación de candidatos con la finalidad, en cuanto al recurso de amparo toca, de evitar cualquier lesión de derechos fundamentales, siendo el normalmente afectado el derecho de los candidatos al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución española».

Esta interpretación se completa con la mantenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1989, conforme a la cual «no puede dilucidarse a través del recurso de amparo cuál sea la interpretación correcta de la ley electoral y cómo debe ser aplicada en el caso de autos, pues es esta una cuestión que corresponde resolver a los órganos judiciales competentes de manera razonada y fundada en Derecho».

Ambas cuestiones pueden relacionarse con lo expresado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1989, de 24 de enero, que atribuye a los Tribunales ordinarios la facultad de determinar en cada caso cuál es la normativa legal que conforme el artículo 23.2 de la Constitución modula el contenido del derecho a que se refiere aquel artículo.

## 2. *Pautas para la determinación del concepto «relevancia constitucional»*

La doctrina del Tribunal Constitucional a la que nos acabamos de referir nos lleva a analizar, como cuestión básica, cuando el planteamiento ante la jurisdicción constitucional puede conceptuarse como de una legalidad o cuando adquiera «relevancia constitucional» que justifique la actuación y el fallo sobre el fondo del Tribunal Constitucional».

A este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de febrero de 1990, estableció un criterio bastante gráfico cuando afirmó que «la interpretación efectuada por la Sala,

por consiguiente, de la legalidad electoral resulta relevante para el resultado final, y, si bien no corresponde a este Tribunal, en general la revisión de la interpretación del derecho electoral realizado por Juntas Electorales y Salas competentes en el proceso contencioso-electoral, en su condición de intérprete supremo de la Constitución debe revisar, si ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo «secundum Constitutionem» y en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido». Es claro, por tanto, que en esta Sentencia el Tribunal Constitucional establece un criterio claro para determinar si hay o no vulneración del derecho fundamental y ese criterio no es otro que el de examinar si la interpretación de la legalidad ordinaria afecta o no al resultado final del proceso electoral (36).

Esta misma Sentencia nos permite extraer otra pauta interpretativa, cual es la de que los pronunciamientos sobre la materia deben intentar preservar en lo posible el derecho de los que han ejercido el voto, de forma que las decisiones generales sobre irregularidades en el proceso electoral deben resolver conforme al principio general de «conservación del acto», o de aquellas partes o fases del procedimiento no directamente afectadas por la irregularidad (37).

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 1990, resolutoria del recurso de amparo número 2572/1990, puede servirnos para efectuar un resumen final sobre las facultades del Tribunal Constitucional, cuando señala que «no hay duda de que este Tribunal no puede conocer los hechos que

---

(36) En igual sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de febrero de 1990 (Recurso de amparo 2572/1989).

(37) La doctrina más extensa sobre este extremo se encuentra en la Sentencia de 15 de febrero de 1990, que resuelve los recursos de amparo 2552/1989 y 2573/1989, que interpusieron contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 1 de diciembre de 1989.

dieran lugar al proceso, ni declarar cuántos o cuáles de tales hechos deben declararse probados, ni puede tampoco revosar la declaración que sobre el extremo efectúe el Tribunal ordinario, pues todo ello lo prohíbe el artículo 44.1.b) de la LOTC».

El Tribunal Constitucional señala más adelante cuál es su verdadero papel e indica que «el Tribunal Constitucional puede y debe, cuando así se lo pide por quienes están legitimados para ello, revisar la valoración jurídica que de tales hechos ha llevado a cabo el órgano judicial, con el fin de comprobar si aquella valoración ha ponderado adecuadamente los derechos fundamentales en juego, en caso negativo reconocer estos derechos y restablecer a sus titulares en la integridad de los mismos».

### 3. *El Tribunal Constitucional como garante directo del derecho fundamental*

La presente característica es, prácticamente el resumen de las facultades del Tribunal Constitucional en orden a la tutela del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución.

Este resumen puede efectuarse en torno a dos puntos básicos.

- a) La naturaleza del artículo 23.2 de la Constitución como un derecho de configuración legal no difiere el control a la jurisdicción ordinaria como garante de la legalidad del mismo orden, sino que, según las dos Sentencias de 15 de febrero de 1990, al Tribunal Constitucional le corresponde, en todo caso, pronunciarse sobre la interpretación efectuada por los Tribunales ordinarios en acorde con la Constitución y se efectúa en la forma más favorable al ejercicio del derecho fundamental postulado.

- b) Los requisitos legales a los que se refiere el artículo 23.2 de la Constitución comprenden no sólo la Ley, sino también los Reglamentos parlamentarios.

Lo más importante es que, tal y como establece la Sentencia 161/1988, de 20 de febrero, «una vez creados por las normas legales tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el *status* propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 de la Constitución, defenderse ante los órganos judiciales, y en el último extremo ante este Tribunal, el «*ius in officium*» que considerasen ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integran los titulares del cargo, con la especialidad de que si el órgano es parlamentario, la defensa del derecho deberá promoverse directamente ante esta Jurisdicción constitucional en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42 de la LOTC.

## V. CONCLUSIÓN

Como resumen de lo dicho hasta este momento podemos indicar que la evolución jurisprudencial en torno al derecho contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución ha superado ampliamente el molde inicial derivado de una interpretación exclusivamente literal y gramatical del mismo.

La ampliación consistió, en un primer momento, en entender que el ámbito objetivo del derecho reconocido no alcanzaba únicamente al «acceso» a las funciones públicas sino también la permanencia en la misma e, incluso, el de la dimisión o lo que es igual, el derecho a abandonar aquellos.

En segundo término, la novedad interpretativa es la inclusión de la función pública profesional en el ámbito de aplicación del citado artículo. Esta inclusión ha permitido, prácticamente desde el principio, llenar la insuficiencia que en lo referente a la protección constitucional se había colocado a la fun-

ción pública profesional con su ubicación en el artículo 103.3 de la Constitución.

El establecimiento de esta vía de protección constitucional debe considerarse como un importante avance que ha permitido una amplia variedad de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han modulado el perfil constitucional del estatuto de los funcionarios públicos, previsto en aquella.

Sin embargo, en los momentos actuales dicha ampliación subjetiva y objetiva plantea algunos problemas de coordinación jurídica como consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea y de la aplicación de la normativa comunitaria, uno de cuyos pilares básicos es el establecimiento y la garantía de la libre circulación de trabajadores en el seno de aquella.

La interpretación ya muy consolidada de qué debe de entenderse por Administración Pública a los efectos de establecer un ámbito exento de aplicación de la libertad de circulación de los trabajadores, obliga a España a efectuar las adaptaciones necesarias en nuestro Ordenamiento Jurídico, para conciliar la libre circulación de trabajadores en condiciones de plena igualdad con el del sector de Trabajo en el que se integran.

Examinadas las diferentes alternativas en orden a efectuar dichas adaptaciones, la conclusión exige descartar posturas maximalistas en el plano teórico como la de la reforma de la Constitución, para centrarse en medidas legislativas que iguallen o equiparen la nacionalidad o la ciudadanía española, a los efectos aquí examinados, al hecho de que pertenezcan con el mismo vínculo a cualquiera de los países comunitarios.