

Relación de Títulos
publicados de la Colección

EL JUSTICIA DE ARAGON

1. La Fiducia Sucesoria.
José Luis Merino
2. El Consorcio Foral en el
Derecho Civil Aragonés.
Carmen Sánchez-Frera González
3. La Protección Internacional
de los Derechos del Niño.
Natividad Fernández Sola
4. Informes del Seminario (1954-1958).
*Comisión Compiladora del
Derecho Foral Aragonés*
5. La Edad en el Derecho Civil
Aragonés.
Francisco Mata Rivas
6. El Testamento Marcomunado:
estudios de documentos
notariales aragoneses desde
el siglo XVI hasta la actualidad.
Elena Bellod Fernández de Palencia
7. La Junta de Parientes en el
Derecho Civil Aragonés.
Rajael Bernal Matur
8. Los Antecedentes Históricos
de la Justicia Constitucional
en el Reino de Aragón.
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia
a la Prevención de la Delincuencia.
María José Bernuz Benítez
10. Factos o Capitulaciones
Matrimoniales en Derecho
Internacional Privado.
María del Pilar Diego Diego
11. El Consorcio Foral después de
la reforma introducida por Ley
1/1999, de 27 de febrero, de
Sucesiones por causa de muerte.
Carmen Sánchez-Frera González
12. Historia del Reinado de
Don Pedro III El Grande de Aragón,
y de los orígenes de la penetración
aragonesa en Italia.
Martín de Soria y Pineda
13. El Protonotario de Aragón,
1472-1707. La Cancillería aragonesa
en la Edad Moderna.
Juan Francisco Baltar Rodríguez
14. Capitulaciones matrimoniales y
firmas de dote en el Valle de Tena
(1426-1803).

**RÉGIMEN DE ACCESO A LAS
FUNCIONES PÚBLICAS PARA
LOS DISCAPACITADOS:
SU COMPATIBILIDAD CON EL
PRINCIPIO CONSTITUCIONAL
DE IGUALDAD**



ELENA OLGA ABAD MARCO

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

ZARAGOZA, 2006

Título: Régimen de acceso a las funciones públicas para los discapacitados: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad

Autor: Elena Olga Abad Marco

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z-698-2006

I.S.B.N.: 84-89510-76-8

Imprime: Gambón, S. A. Virgen del Buen Acuerdo, 48

(Pn). Alcalde Caballero) 50014 ZARAGOZA

*A quienes trabajan por la igualdad real
de oportunidades creyendo y confiando en ella
A mis padres y hermanos*



PRESENTACIÓN DEL LIBRO "ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS DISCAPACITADOS"**ABRIL 2006**

Conocí a Olga hace unos meses cuando vino a presentarme su tesis doctoral sobre el acceso a la función pública de las personas con discapacidad. Había trabajado en ella durante más de cuatro años y era el colofón a sus estudios de Derecho en la Universidad de Zaragoza. El tema nos pareció muy interesante y acorde con el tipo de publicaciones que promovemos desde el Justicia de Aragón, por eso no dudamos en ponernos a trabajar en la edición del libro que hoy tienen en sus manos.

Me siento especialmente satisfecho de que esta publicación lleve el sello del Justicia de Aragón por muchos motivos: por el rigor con el que se analizan los derechos fundamentales y en concreto el derecho a la igualdad, pilar básico de nuestro sistema jurídico, por el estudio que hace de los requisitos de mérito y capacidad exigidos en las pruebas de acceso a la función pública, por la luz que arroja sobre conceptos como deficiencia, discapacidad y minusvalía... pero por encima de todo, por ser una muestra fiel de que el esfuerzo tiene recompensa.

La carrera de Olga es un ejemplo para los jóvenes en general y para los discapacitados físicos en particular. Su discapacidad visual grave le ha exigido mucho esfuerzo, grandes dosis de entusiasmo e ilusión y una enorme capacidad para superar las dificultades que ha encontrado en el camino. Este libro refleja algunas de ellas con el propósito de contribuir a mejorar el actual sistema de acceso a la función pública de los discapacitados. No hay que olvidar que el puesto de trabajo e integración van muchas veces unidos.

La discapacidad de Olga no ha restado un ápice de ilusión a su vida, de entusiasmo, de vitalidad. Tuve la suerte de compro-

barlo durante nuestra entrevista, que les aseguro fue una inyección de optimismo. Tras la charla que mantuvimos confirmé la idea de que muchas veces somos nosotros quienes limitamos nuestras posibilidades. No es el caso de Olga, que ha hecho de la superación el motor de su vida.

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
PRELIMINAR	15
PRÓLOGO	17
INTRODUCCIÓN	25
1 HISTORIA, EVOLUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	35
1.1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL	
2. CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	51
2.1. DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN	
2.1.1. Derechos fundamentales y libertades públicas	
2.1.2. Derechos fundamentales y derechos de los ciudadanos	
2.1.3. Derechos y deberes constitucionales	
2.2. POR RAZÓN DE LOS SUJETOS IMPLICADOS, FINALIDADES, CONTENIDO Y ORIGEN	

3. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS EN RELACIÓN CON LAS DISCAPACIDADES	71
3.1. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL.	
3.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN	
3.2.1. Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libre expresión	
3.2.2. Honor e intimidad en los informes sobre minusvalías	
4. EL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS	107
4.1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD	
4.1.1. La igualdad como Valor superior, como Principio y como Derecho fundamental	
4.2. LA IGUALDAD EN SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES	
4.2.1. Igualdad ante la Ley	
4.2.2. Igualdad en el contenido de la Ley	
4.2.3. Igualdad en la aplicación de la Ley	
4.2.4. Derecho a la igualdad de trato	
4.2.4.1. <i>Medidas de igualación y discriminaciones positivas o inversas</i>	
4.2.4.2. <i>Discriminación por discapacidad o minusvalía en el ámbito laboral</i>	
5. EL DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS	161
5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN DERECHO ESPAÑOL	
5.2. FORMAS DE EMPLEO PÚBLICO Y SISTEMAS PARA ACCEDER A ELLAS	
5.3. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA	

5.3.1. Las convocatorias, normas básicas que regulan cada proceso selectivo

5.3.2. La discrecionalidad técnica como instrumento de valoración

5.4. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO

5.4.1. Su carácter reaccional

5.4.2. Su contenido esencial como derecho de configuración legal

5.4.2.1. *Límites a la competencia legislativa*

5.5. TITULARIDAD Y REQUISITOS PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCESO

5.6. CONCEPTOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD

5.6.1. El conocimiento de lenguas cooficiales como requisito adicional en algunas comunidades autónomas

5.7. MEDIDAS DE EXCLUSIÓN APLICABLES A LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA FALTA DE RENDIMIENTO EN EL TRABAJO

5.7.1. La separación del servicio como medida sancionatoria

5.7.2. Exclusión por incapacidad sobrevenida

6. DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD, DEFICIENCIA Y MINUSVALÍA.....227

6.1. LA INCAPACIDAD LABORAL

6.1.1. Incapacidad contributiva

6.1.2. Incapacidad no contributiva

6.2. RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA FALTA DE CAPACIDAD EN DERECHO CIVIL

6.3. DECLARACIONES DE INCAPACIDAD Y CERTIFICACIONES SOBRE MINUSVALÍAS

7 RÉGIMEN DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA PARA LOS DISCAPACITADOS	249
7.1. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	
7.2. NORMATIVA REGULADORA DEL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS PARA LOS MINUSVÁLIDOS EN ESPAÑA	
7.3. LA OBLIGACIÓN DE SUPERAR UN TRÁMITE SELECTIVO ADICIONAL COMO MEDIDA PREVENTIVA	
7.3.1. Recursos contra un informe vinculante	
7.3.2. Los informes y el derecho al trabajo	
7.4. FÓRMULAS PARA FOMENTAR LA INSERCIÓN PROFESIONAL DE DISCAPACITADOS	
7.4.1. Igualdad material y formal en las pruebas de acceso al empleo público	
7.4.1.1. <i>Sistema de plazas reservadas</i>	
7.4.1.2. <i>Adaptaciones posibles de tiempo y medios</i>	
7.4.2. Obligaciones impuestas al sector privado	
7.4.3. La actividad administrativa de fomento, concepto y clases	
7.4.3.1. <i>Especial referencia al ámbito de las minusvalías</i>	
CONCLUSIONES	305
BIBLIOGRAFÍA	311

ABREVIATURAS

- AAVV. Autores Varios
Art. Artículo
Arts. Artículos
CC. Código Civil
CCAA. Comunidades Autónomas
CE. Constitución Española
CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cit. Citado
CP. Código Penal
DA. Disposición Adicional
DDHC. Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano
DGT. Dirección General del Trabajo
DOCE. Diario Oficial de las Comunidades Europeas
Dir. Director
DUDH. Declaración Universal de los Derechos Humanos
ET. Estatuto de los Trabajadores
EVI. Equipo de Valoración de Incapacidades
EVO. Equipo de Valoración y Orientación
Fj. Fundamento jurídico
GG. Grundgesetz (Constitución alemana)
IMERSO. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales
INEM. Instituto Nacional de Empleo

- INSALUD. Instituto Nacional de la Salud
- INSS. Instituto Nacional de la Seguridad Social
- IPSS. Instituto Provincial de la Seguridad Social
- ISS. Instituto de la Servicios Sociales
- LAP. Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común
- LCR. Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social
- LEC. Ley de Enjuiciamiento Civil
- LFCE. Ley de Funcionarios Civiles del Estado
- LIPD. Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad
- LGSS. Ley General de la Seguridad Social
- LISMI. Ley de Integración Social de los Minusválidos
- LJCA. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- LMRFP. Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública
- LO. Ley Orgánica
- LOFAGE. Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
- LOGSE. Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo
- LOLR. Ley Orgánica de Libertad Religiosa
- LOTIC. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
- LPA. Ley de Procedimiento Administrativo
- LRAP. Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común
- LRBRL. Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
- Num. Número
- OEA. Organización de Estados Americanos
- OIT. Organización Internacional del Trabajo
- OM. Orden Ministerial
- OMS. Organización Mundial de la Salud
- ONU. Organización de Naciones Unidas

OUA. Organización de la Unidad Africana

p. página

PIDCP. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos

PIDESC. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RAP. Revista de Administración Pública

RDEP. Real Decreto por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

RDFAE. Reglamento de régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado

RDL. Real Decreto Ley

REDK. Revista Española de Derecho Constitucional

RGIPF. Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado

RJ. Registro

RPL. Reglamento de Prestaciones por Hijo a cargo

ss. siguientes

SSTC. Sentencias del Tribunal Constitucional

SSTEDH. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

SSTs. Sentencias del Tribunal Supremo

STC. Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJCE. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

STs. Sentencia del Tribunal Supremo

STsJ. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCEE. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJCE. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TPIRW. Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º y el 31 de diciembre de 1994.

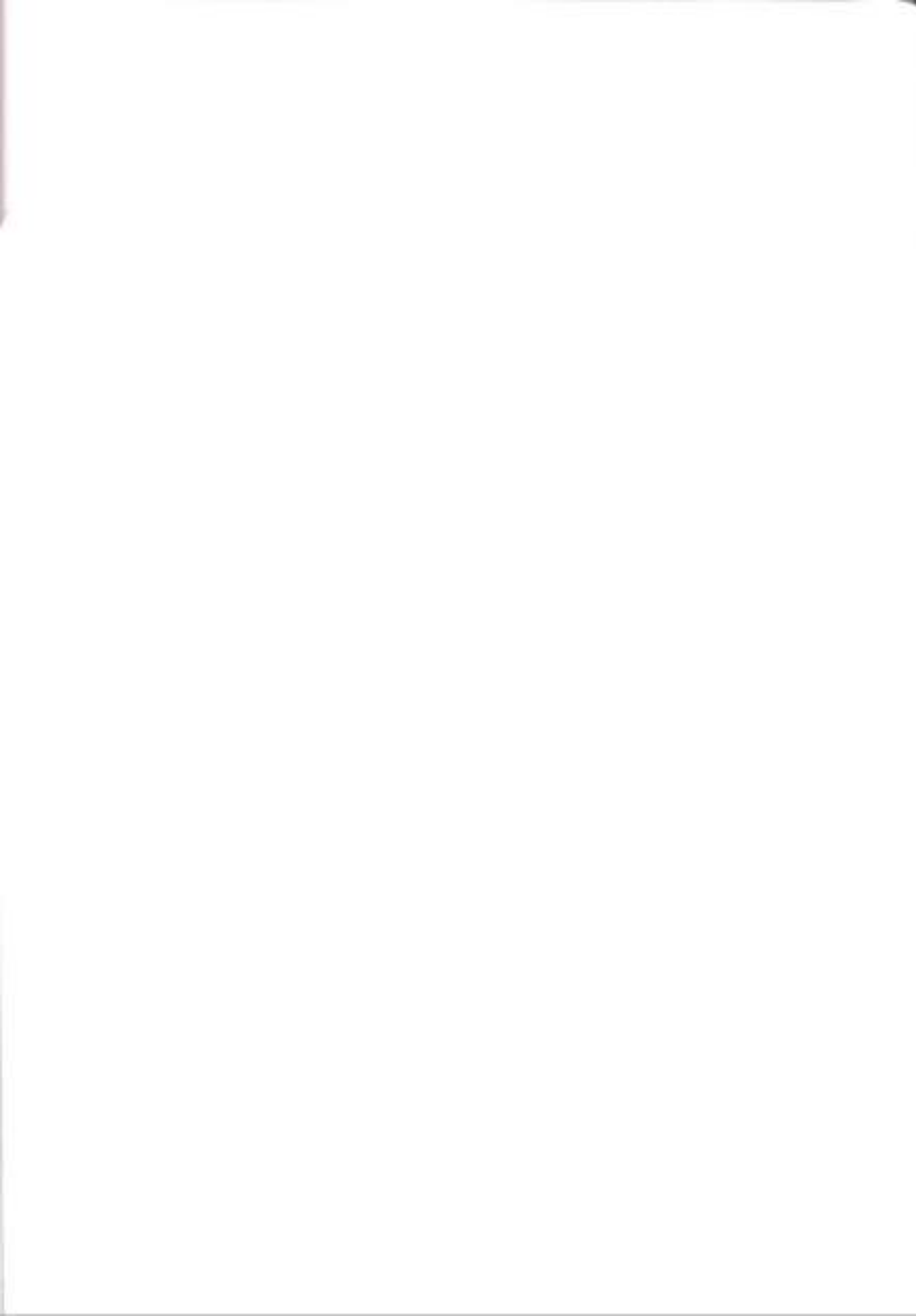
TPFYUG. Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991.

TSJ. Tribunal Superior de Justicia

UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

PRELIMINAR

Con ligeras variaciones, el presente libro contiene la memoria de tesis doctoral que bajo la dirección de mi maestro, el catedrático de Derecho Administrativo D. José BERMEJO VERA, he tenido ocasión de elaborar. Su exposición y defensa pública se produjeron el pasado dieciocho de julio de 2005, ante un Tribunal del que formaron parte: los también ilustres catedráticos D. Fernando LÓPEZ RAMÓN (en calidad de presidente), D. Luis ORTEGA ÁLVAREZ y D. Joaquín TORNOS MAS; el Excmo. Sr. Decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza D. José M^o GIMENO FELIÚ y el Secretario General del Consejo General de la O.N.C.E. (institución con cuyo apoyo económico y tecnológico he contado al realizar este trabajo) D. Rafael DE LORENZO GARCÍA. A todos ellos, así como al Justicia de Aragón D. Fernando GARCÍA VICENTE y a los miembros de su equipo asesor, mi más sincero agradecimiento.



PRÓLOGO

Conoci a Olga Abad sentada en las primeras filas de un aula de la Facultad de Derecho de Zaragoza, cuando, a primeros de octubre de 1993, iniciaba su andadura en el aprendizaje del Derecho Administrativo. Recuerdo, no sin cierta nostalgia, esas fechas, porque todavía entonces éramos capaces de conducir a los alumnos por las sendas de unos conjuntos normativos en los que se dibujaba con claridad la supremacía del Ordenamiento jurídico estatal y, por qué no decirlo, la relativa subordinación de los ordenamientos autonómicos en fase de construcción. En la franca sonrisa de la autora de este libro, nunca desdibujada por su minusvalía visual, veía yo retratado, no obstante, el afán de aprender una disciplina jurídica que planteaba enormes dificultades a los estudiantes. Pero creo que ella adivinaba también, en el tono de mi voz, la ilusión por interpretar normas y enseñar técnicas jurídicas de no fácil transmisión. Ella recuerda, sin duda, que solicitó mi permiso para recoger en su pequeña grabadora las palabras pronunciadas en el aula, petición que atendí gustoso advirtiéndole de que las explicaciones de la asignatura incluían comentarios adicionales alejados de los rigurosos esquemas del guión e impropios, por tanto, de su atención y estudio o de su conservación grabada. Me consta, por lo que supe luego, que Olga cumplió escrupulosamente la advertencia, temerosa quizás, pero equivocadamente, de mis posibilidades inquisitivas. Fue así relativamente cómoda y rápida nuestra incipiente relación académica que se incrementó y fortaleció a medida que avanzaba la docencia en los dos cursos de Derecho administrativo del plan de estudios.

Cuando la autora finalizó su carrera, superando los exámenes con una notoria brillantez, no tardó mucho tiempo en requerir una mayor formación jurídica, sin arredrarse ante las importantes dificultades y los obstáculos de su propia minusvalía sensorial. En la continuación de sus estudios académicos, para los que ni yo, ni alguno de mis discípulos, nunca escamoteamos la modesta ayuda requerida, pronto nos dimos cuenta de la tremenda ilusión de Olga por abordar cotas más altas del saber. No transcurrió mucho tiempo hasta que la autora de este libro, plenamente consciente de las difíciles condiciones en que debería desenvolverse para llevar a cabo una tarea investigadora, me planteó la posibilidad de emprender esa labor sin reservas, alumbrando su esperanza en realizar una memoria de doctorado, culminar y defender su tesis. Después, atendiendo consejos de quienes fueron sus jueces académicos y recogiendo algunas de sus observaciones, ha querido hacer públicas, en el libro que ahora ve la luz, sus reflexiones jurídicas sobre la materia, revelando de este modo su esfuerzo y constancia en el trabajo universitario. Nunca serán públicas, desde luego, ni las numerosas horas que la autora ha dedicado a la conversación con el Director de su tesis, ni las de paciente lectura y consulta de textos legales, doctrinales y jurisprudenciales, todas ellas enormemente dificultadas por su situación de discapacidad. Tampoco se evidencian en el libro los largos momentos de reflexión, de discurso intelectual, ni, por supuesto, los estados de desánimo que le atenazaron en muchas ocasiones y que me transmitió, con un sosiego y templanza dignos de elogio, y que traté de combatir con la misma intensidad y vigor con los que Olga Abad ha enfrentado -y superado- sus notorias dificultades en el trabajo.

Tengo por todo ello la satisfacción y el honor de prologar su libro. El cultivo, en todos los terrenos, suele dar sus frutos, a salvo de las circunstancias imponderables. Para la autora, sus ilusiones se ven materializadas al lograr la publicación, gracias a la generosidad de la Institución del Justicia de Aragón que, una vez más, hace honor a su función de tutela y protección de los derechos e

intereses de los ciudadanos aragoneses. Para el firmante de estas líneas, queda el placer de la ayuda desinteresada a quien muestra un gran afán discente, pese a sus difíciles circunstancias.

El libro trata de un delicado y espinoso tema jurídico. Si nuestra anhelada Constitución de 1978 impuso a todos los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad (y la libertad) del individuo y de los grupos- fuese efectiva, incluso removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9), garantizando la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10) y vetando cualquier tipo de discriminación (art. 14), cobra todo su sentido el precepto que obliga a los poderes públicos a amparar "especialmente" a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos "para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" (art. 49). En ese Título (el I de la Constitución) no solamente figuran esos deberes más o menos abstractos y esas proclamas generales -aunque nuestro Tribunal Supremo ya ha reaccionado frente a una eventual minusvaloración de tales obligaciones, inspirándose en declaraciones del Tribunal Supremo norteamericano (por ejemplo, Sentencia *Trop versus Duller*)-, sino también derechos subjetivos concretos, no meramente reaccionales, ni de libre configuración legal, como es el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos" (art. 23.2), "de acuerdo con los principios de mérito y capacidad" (art. 103. 3). Nuestro Tribunal Constitucional ha sido tajante, reiteradamente, al interpretar el conjunto de estos preceptos, tanto en el acceso como en la permanencia y promoción en las funciones públicas, declarando inconstitucional y anulando viejas y nuevas normas, así como hábitos hermenéuticos y actos de aplicación no menos desdeñables.

Para ello, la autora arranca del origen de los derechos fundamentales, como eslabones entrelazados y básicos que, en nuestro sistema jurídico -como en los demás con los que se identifica-, tratan de salvaguardar la dignidad humana. En el análisis y

clasificación de tales derechos, dedica una particular atención a los derechos que conectan indisolublemente con las situaciones de minusvalía o discapacidad. Pero se detiene especialmente en la igualdad, ese principio-derecho que tamiza todos los demás y que sirve de auténtico parámetro de la justicia y la moral social. En el libro se analiza el verdadero significado jurídico de la igualdad, pues no ha de olvidarse que lo importante, ante las incuestionables desigualdades naturales, es garantizar la no discriminación, interpretada como una prohibición de medidas causantes de desigualdad que carezcan de justificación objetiva y razonable. También conviene insistir en que, precisamente en este ámbito, es donde tiene mayor sentido la "discriminación positiva", es decir, las fórmulas de aplicación normativa encaminadas a paliar en lo posible ciertas desigualdades físicas o circunstanciales. La autora nos recuerda este importante dato, acentuando las posibilidades que a tal efecto proporciona el texto constitucional.

En un relevante capítulo del libro, la autora nos muestra y analiza las diversas situaciones de minusvalía desde el punto de vista de su reconocimiento normativo, diferenciando entre minusvalía, discapacidad e incapacidad. A menudo se confunden dichos términos, y, pese a que en ocasiones comprenden situaciones asimilables, las circunstancias en que se lleva a cabo el ejercicio de los derechos fundamentales dependen de soportar una u otra modalidad.

En la última parte del libro se estudian dos aspectos importantes. Por un lado, se analiza de forma esquemática el problema de la distribución de competencias en estos ámbitos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, llegando a la conclusión de que el Estado ha abdicado en parte de su competencia, tal vez por la confianza en que, tratándose de un tema tan conectado con la sensibilidad social, las Comunidades Autónomas y demás Entes públicos ejecutarán fielmente los principios constitucionales que garantizan la igualdad en el acceso a la función pública. En todo caso, se apunta la conveniencia de incrementar el grado de responsabilidad del

aparato estatal en estos campos, con el fin de asegurar una mayor cohesión social. Por otra parte -y aquí encuentra su sentido y utilidad el libro que prologo-, se examinan pormerizadamente las normas estatales y autonómicas que atienden el cumplimiento de las exigencias derivadas del derecho a la igualdad de acceso a las funciones públicas. Ahí, desde la perspectiva de la autora, se ponen de relieve las insuficiencias y las lagunas normativas que hacen inefectivo o escasamente efectivo el derecho fundamental.

Olga Abad ha puesto en contraste sus experiencias con la realidad normativa y las interpretaciones cotidianas, llegando a las conclusiones que el lector podrá juzgar por sí mismo. No es verdad, pues sería injusto decirlo así, que las situaciones de minusvalía se encuentren genéricamente maltratadas por los poderes públicos. Tampoco es cierto que sea sencillo articular los medios e instrumentos para garantizar en plenitud una aplicación absolutamente correcta y general de los antecitados preceptos y, sobre todo, de lo que realmente significan. Ni mucho menos puede ser admisible la convicción de la ausencia de sensibilidad de todos los responsables públicos, en cuanto a la vigencia y aplicabilidad de los mecanismos que facilitan la remoción de obstáculos a la efectiva igualdad. Ocurre, sin embargo, que quienes soportan algún tipo de discapacidad comprueban, casi de forma cotidiana, la falta de auténtica efectividad de las reglas de articulación de aquellos honorables principios y preceptos.

La autora se pregunta si el derecho fundamental de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, según el mérito y la capacidad, existe para los minusválidos. La respuesta es, en su criterio, negativa. En general, y aparte de sensibles "vacíos normativos", algunas leyes o reglamentos ordenadores de los sistemas de acceso a la función pública propician fórmulas de elusión del cumplimiento de los deberes que implica el reconocimiento de este derecho fundamental. Ella misma ha comprobado los métodos que, sin ser flagrantemente ilegales, entorpecen notoriamente

la aplicación justa del precepto. Me remito a las experiencias que narra y que, sin duda, podrán -o deberán- contribuir a la modificación de las normas y a la de las conductas que se amparan en ellas, menospreciando el valor superior de la igualdad que nuestra Constitución -y nuestro sentido de la ética- coloca en su pórtico.

Pfr. Dr. José BERMEJO VERA. (Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza)

La Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) fue fundada en diciembre de 1938 y en las distintas fases de su ya dilatada historia, siempre ha luchado por conseguir la plena integración y normalización de las personas ciegas y deficientes visuales en los diferentes ámbitos de la vida: educativo, laboral y social.

Desde el año 1988, con la creación de la Fundación ONCE, nuestra Institución ha colaborado activamente con los diferentes movimientos asociativos de discapacitados, consiguiendo logros importantes en el campo de la formación y el empleo, así como en el de la eliminación de barreras.

A partir de la promulgación de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI) en el año 1982, las diferentes Administraciones han intentado mejorar la calidad de vida de las personas discapacitadas, promoviendo políticas activas tendentes a paliar las dificultades cotidianas con las que dicho colectivo se encuentra. Aún a pesar de estos esfuerzos, la realidad no refleja situaciones de igualdad. Se siguen encontrando con todo tipo de barreras: mentales, arquitectónicas y culturales; dificultades a la hora de encontrar un empleo en el mercado ordinario de trabajo; el acceso parcial al disfrute del ocio y tiempo libre...

Poco a poco y gracias a iniciativas como las de quien presenta este libro conseguiremos que en un futuro, quizá próximo, todas estas limitaciones formen parte del pasado.

Ignacio ESCANERO MARTÍNEZ

(Delegado Territorial de la O.N.C.E. en Aragón)



INTRODUCCIÓN

¿Hasta qué punto el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 de nuestra Carta Magna, existe para los minusválidos?

Sin olvidar la presencia de ciertos vacíos normativos que quizá cuanto antes deberían dejar de existir, lo que más me ha sorprendido al intentar responder esta pregunta es ver como algunas leyes y reglamentos dan cabida a curiosos sistemas que permiten a los miembros de tribunales, comisiones evaluadoras y equipos multiprofesionales de valoración eludir, si lo desean, sencilla e impunemente su cumplimiento. Este hecho se materializa en múltiples anécdotas que, por razones difíciles de comprender "desde fuera", frecuentemente no llegan a constituir objeto de recurso alguno.

Cuando hace ya unos cuantos años, concretamente en el verano de 1996, me dediqué a averiguar qué expectativas profesionales podía tener en el ámbito de la función pública un licenciado en Derecho con escasa agudeza visual encontré un panorama desalentador pues, al no existir apenas antecedentes conocidos, hiciera lo que hiciera debería enfrentarme al clásico debate de si un ciego está o no capacitado para ser... y nada ni nadie podía garantizar que se me permitiera participar en las pruebas de acceso.

Aún así en cierta ocasión, empujada como suele ocurrir por la necesidad de obtener un puesto de trabajo, decidí preparar

oposiciones para auxiliar administrativo de una prestigiosa institución, que en líneas generales tiende a favorecer la integración de todo tipo de discapacitados.

Estudié durante varios meses asistiendo a una academia hasta que se convocaron y, ya que existía, opté por participar en el cupo de plazas reservadas. Sabía que esta medida, llamada de discriminación positiva, suponía entonces en casi toda España un arma de doble filo; pues su regulación no sólo incrementaba, dependiendo de cada tribunal, las posibilidades de que un minusválido superara las pruebas rebajando el nivel de exigencia, sino también los trámites burocráticos, otorgando incluso a aquellos la facultad de excluir candidatos sin previo examen. Pero yo nunca dudé de mi propia capacidad para realizar este trabajo ni pensaba que otras personas pudieran tener motivos suficientes para hacerlo.

Las dificultades empezaron pronto: Si quería acceder al proceso selectivo debía aportar, con carácter previo, un informe vinculante que acreditara la compatibilidad de mi minusvalía con las tareas propias de los puestos a desempeñar por quienes aprobaran y, pese a que ningún precepto legal o reglamentario advierte nada al respecto, por ser costumbre de los equipos de valoración elaborar sus dictámenes partiendo de estos documentos, el órgano convocante me hizo entrega, previa petición, de una lista muy razonable que recogía dichas funciones, a la que llamaban "profesio-grama".

Antes de solicitarlo las analicé detenidamente con ayuda de expertos en adaptaciones para ciegos y deficientes visuales, puesto que el principal interesado en no verse obligado a hacer lo que no puede es uno mismo y me puse en contacto con personas que, en circunstancias sensoriales similares a las mías o incluso menos favorables, realizaban tareas análogas en administraciones y empresas privadas sin grandes contratiempos. Todo parecía normal así que decidí continuar.

Al pedir el citado informe, para lo que también tuve que aportar otro oftalmológico, en el Centro Base del Instituto Aragonés de Servicios Sociales me comunicaron que ellos no solían entregar tales escritos a particulares pero que se lo harían llegar al ente en cuestión cuando lo solicitara directamente. Era la primera vez que participaba en un proceso selectivo de ésta índole y quizá la falta de experiencia jugó en mi contra. En un momento dado pensé que ya había perdido demasiado tiempo entre papeleo e incertidumbre (el hecho de que un opositor no sepa si se le permitirá o no participar hace particularmente difícil que estudie con la concentración necesaria) y quise creer que mis dos únicos problemas eran los bloques de apuntes y el elevado nivel de competencia a que cualquier aspirante a funcionario, minusválido o no, se enfrenta. Reconozco que a partir de entonces no volví a preocuparme por el informe, menos aún cuando supe que en las listas provisionales y definitivas aparecía como admitida.

Dos días antes de la primera prueba alguien, que dijo pertenecer al Tribunal pero no su nombre, me comunicó telefónicamente que había sido excluida del proceso por falta de capacidad, debido a un dictamen negativo procedente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Yo no salía de mi asombro; en aquel momento pensé, así se lo hice saber, que podría tratarse de un error e intenté convencerle para que, de manera provisional y ante la duda, me permitieran hacer el examen pero todo fue inútil. Cuando se cansó de responder negativamente a mis torpes e improvisados intentos de negociación esa persona, cuya identidad aún no he llegado a conocer, colgó el auricular.

Con cierto nerviosismo y un considerable enfado, que aunque intentaba controlar crecía por momentos, llamé creyendo que encontraría algún tipo de solución a la entidad convocante, a la ONCE, y al Centro Base, sin recibir respuesta en ninguno de los tres sitios. Fue entonces cuando me di cuenta de que ya eran las tres y cuarto de la tarde y de que siendo viernes diecisiete de marzo (antevispera de San José) difícilmente localizaría a alguien

que desde una oficina me ayudara a resolver el entuerto. En la apresurada conversación que había mantenido con el anónimo caballero del teléfono tuve ocasión de decirle que este tipo de cuestiones debían comunicarse por escrito y así lo hicieron; dos horas más tarde, aproximadamente, recibí la notificación en casa de unos vecinos.

El examen pasó y cuando a la semana siguiente me dediqué a averiguar lo sucedido "entre bastidores" pude escuchar respuestas curiosas: Quienes formaban el órgano selectivo insistían en que ellos, al basar su decisión en un dictamen vinculante emitido por otra entidad, no habían infringido ninguna norma y tenían razón. Lo que hicieron fue solicitar de nuevo el informe pero esta vez directamente y aportando un profesiograma distinto. En él no mencionaban tareas concretas, tampoco estaban obligados a ello, sino que pedían ciertos grados de no afectación expresados en forma numérica. Entre otros muchos requisitos, relativos a la orientación espacial, inteligencia..., para aspirar a ser auxiliar administrativo exigían: 4/5 de capacidad visual, 4/5 de capacidad auditiva y 4/5 de capacidad motora.

Quien entonces dirigía el Centro Base me explicó que si este baremo se hubiera aplicado literalmente a todos, podría haber supuesto la exclusión automática de quienes participaban en el cupo de reserva sin excepción y de muchos de los que, no padeciendo ningún tipo de minusvalía oficialmente reconocida, formaban parte del turno libre (miopes, personas con sordera leve no diagnosticada...); pero que acoplando todo tipo de lupas, prótesis, audífonos... y cierto razonable optimismo únicamente habían tenido que dejar fuera a dos candidatas.

En aquella ocasión, como me consta que ha sucedido en otras, la reserva de plazas sólo sirvió para excluir más fácilmente y sin previo examen a algunos participantes, pues el nivel de exigencia en la primera prueba fue el mismo que para los demás y ningún minusválido superó el umbral.

Meses más tarde, cuando ya recopilaba información para realizar la presente memoria, supe que se habían convocado oposiciones para técnico de gestión del Ayuntamiento de Zaragoza, esta vez sin reserva y decidí participar en ellas. Debo reconocer que esperaba recibir un nuevo informe negativo excluyente, pero no fue así; nadie me pidió que acreditara nada con carácter previo, ni siquiera tuve que solicitar por escrito las adaptaciones de tiempo y medios, leí el examen en sistema Braille sin ningún contratiempo y tampoco hubo "informes sorpresa".

Por circunstancias que serán objeto de análisis en páginas posteriores, la participación en pruebas de acceso al empleo público de personas con minusvalía reconocida y visible parece el resultado de un juego de azar, donde las apuestas serias consisten en años de incansable esfuerzo entre cuatro paredes, más que parte de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Si el legislador y el artífice de los reglamentos consideran que las pruebas selectivas constituyen un parámetro lo suficientemente bueno para presumir la capacidad y el mérito de quienes las superan: ¿por qué se empeñan en introducir requisitos adicionales respecto a un determinado colectivo?

Parece como si en el fondo pusieran en duda la eficacia de esos sistemas de acceso que el tiempo ha llevado a considerar casi idóneos y quisieran controlar al menos la participación de quienes voluntariamente figuran en un registro. También puede ser que no crean plenamente en la capacidad de los órganos selectivos para configurar temarios y pruebas suficientemente ajustados a esos concretos puestos de trabajo que se ofrecen, otorgándoles la posibilidad de adoptar medidas preventivas por si acaso aparece algún minusválido sospechoso de incapacidad y ellos tampoco confían en las pruebas como parámetro válido. Pero en cualquier caso, por increíble que parezca a quienes con cierto rigor intentamos acercarnos al complicado ámbito de las discapacidades, tras todo esto subyace la utópica idea de que alguien puede llegar a aprobar una

oposición sin estar física y mentalmente preparado para desarrollar eficazmente la mayoría de las funciones propias del puesto.

En mi opinión resulta excesiva la preocupación que existe por conocer a priori cual pueda ser el potencial profesional de una persona y peligroso que tal valoración sea realizada sin saber más de ella que la discapacidad que padece. Pero para predecir con relativa seguridad si ésta le permitirá superar el proceso basta con observar cuatro factores: Naturaleza de todas las pruebas (orales, escritas, físicas, ordenador... preguntas cortas, de desarrollo, casos prácticos, tipo test...), extensión y complejidad del temario en concreto, nivel de participación y exigencia que normalmente existe, así como los sistemas de comunicación y lecto-escritura que habitualmente utiliza.

Tomaré por ejemplo la ceguera, pues constituye una de las discapacidades que en gran medida condicionan la realización de pruebas selectivas, aunque otro tanto cabría decir de los sordos profundos y sus problemas para superar esos exámenes orales que a menudo son parte esencial en los procesos, de los minusválidos mentales y su más limitada capacidad para retener ideas o conceptos, al igual que de quienes, por falta de movilidad o coordinación en las extremidades superiores, experimentan dificultades para la escritura.

Si bien los múltiples avances en informática y tiflotecnología ya permiten a los no videntes acceder instantáneamente casi a cualquier documento escrito y realizar tareas que en tiempos era imposible que desarrollaran, a la hora de memorizar se siguen utilizando los tradicionales sistemas Braille y sonoro. Ambos producen resultados satisfactorios al estudiar asignaturas universitarias u otros contenidos no demasiado amplios, pero las leves carencias de que adolecen se perciben con mayor claridad cuanto más extenso resulta el temario. Recordemos que ninguno de los dos medios permite subrayar o hacer anotaciones marginales útiles, que la velocidad de lectura en Braille difícilmente alcanza una tercera

parte de la de quienes leen con la vista en condiciones normales y que, pese a mejorar sensiblemente al entrenarse, la memoria auditiva no aporta buenos resultados. A base de tiempo, esfuerzo y algunos trucillos propios, tales inconvenientes suelen superarse al estudiar normalmente, pero condicionan de forma decisiva el "último repaso", que ha de comenzarse mucho antes con las desventajas que esto conlleva.

Allá por 1997, en la Universidad de Zaragoza surgió la cuestión de si un ciego total está o no sensorialmente capacitado para cursar estudios de medicina y ejercer dicha profesión. Aunque mi opinión sobre este último aspecto tiende a ser negativa, considero que hubiera resultado absurdo aplicar la exclusión como medida preventiva, pues no constituye ningún peligro real para la salud colectiva el hecho de que alguien lo intenta. Los sistemas de lecto-escritura actuales no le permitirían conseguir el título de licenciado (así sucedió) y mucho menos alcanzar en el examen MIR, la puntuación necesaria para obtener plaza en un hospital público.

Con respecto a este proceso selectivo, cuya superación no conlleva el acceso a la función pública sino a un nuevo ciclo formativo, el temario es extenso y la única prueba de que consta consiste en responder 250 preguntas tipo test más 10 de reserva, muchas de ellas casos clínicos, durante un periodo máximo de 5 horas. El tiempo recomendado por las academias dedicadas a su preparación para dar la denominada "última vuelta" suele consistir sólo en tres semanas, puesto que cuanto más dilatado resulte dicho periodo menos posibilidades existen de recordar los datos concretos que se memorizaron en un principio, mientras que quien estudia en Braille debería invertir ocho o nueve. Al tratarse de un examen en que el tiempo suele ir "muy justo" la falta de velocidad lectora y la imposibilidad de subrayar o marcar pasan a constituir factores decisivos al trabajar en Braille y si el aspirante recurre al sistema sonoro difícilmente podrá retener todos los datos relevantes de cada pregunta y factibles respuestas (cinco a menudo

complejas) para reflexionar sobre ellas después de haber contestado unas cuantas. En cualquier caso, esa ampliación razonable de tiempo a que podría aspirar, tras cinco horas de examen, algo le ayudaría pero no lo bastante.

Además de los informes excluyentes, los discapacitados con minusvalía elevada encuentran otras dificultades al opositar que en mi opinión deberían constituir una garantía suficiente para las administraciones convocantes, puesto que quienes pese a ellas aprueban han conseguido superarlas valiéndose de habilidades complementarias o simplemente no las padecían.

La extensión de los temarios y esos sistemas de lecto-escritura con que se cuenta hacen muy difícil que actualmente un ciego pueda llegar a ser juez, fiscal, secretario judicial, inspector o gestor de hacienda...; pero, dado que el trámite más complejo a que se enfrenta un funcionario suele consistir en conseguir serlo, cuando la medicina (se están investigando formas de visión artificial), la técnica o las propias personas articulan sistemas que con su esfuerzo individual les permiten superar las pruebas, cabe presumir que desempeñarán eficazmente todas o casi todas las funciones propias del tipo de puesto obtenido.

A la hora de opositar, quienes integran el grupo social "minusválidos" disponen de dos medidas teóricamente igualatorias: El sistema de reserva de plazas y la obtención de ciertas adaptaciones. En cuanto al primero, constitucionalmente legítimo según tendremos ocasión de demostrar, pocas veces produce los efectos a que está orientado. Pese a existir desde hace décadas la obligación legal de destinar a este colectivo un determinado porcentaje de ellas en cada oferta de empleo público, la falta de regulación específica permite a los órganos selectivos decidir libremente en cada supuesto si el nivel de exigencia va a ser algo inferior o idéntico al del turno libre, en cuyo caso la medida pierde automáticamente sus efectos.

Con respecto a la segunda, al existir sólo para el órgano selectivo la obligación de procurar adaptaciones de tiempo y medios cuando a juicio del mismo resulten posibles, sin tener por que comunicar antes del examen su decisión, son frecuentes las ocasiones en que tiene lugar un nuevo foco de incertidumbre. El interesado debe preparar y afrontar las pruebas ignorando si dispondrá o no de los medios solicitados, aunque, como sucede con los exámenes en Braille, gravados o ampliados, de ellos dependan sus posibilidades reales de participar.

Estas y algunas otras razones hacen pensar que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas todavía no existe para muchos minusválidos. En torno a la configuración legal que de él se ha hecho, van surgiendo algunos ejemplos flagrantes de discriminación indirecta por razón de la discapacidad que deberían ya ir desapareciendo definitivamente de nuestro sistema jurídico.

El principal objetivo pretendido al realizar el presente trabajo, que comprende siete partes distintas pero interrelacionadas, consiste en ponerlos de relieve y formular algunas soluciones factibles, destinadas a favorecer la inserción profesional de discapacitados en las administraciones públicas, siempre conforme a los principios constitucionales de igualdad, libertad, justicia, eficacia, mérito y capacidad. Para llevarlo a cabo se ha recurrido a diversos estudios doctrinales y textos jurídicos, sin olvidar la abundante jurisprudencia que los Tribunales Supremo, Constitucional y Superior de Justicia de las Comunidades Europeas han aportado en cuestiones relacionadas con el tema esencial que nos ocupa.

Un primer capítulo está dedicado al origen de los derechos fundamentales, que como eslabones entrelazados y básicos en nuestro sistema jurídico tienden a salvaguardar la dignidad humana. Seguidamente, tras realizar en el capítulo segundo una escueta síntesis de las quizá principales clasificaciones elaboradas por la doctrina y el propio legislador constituyente, se dedica particular

atención a algunos de ellos, concretamente los que existen a la vida, a la integridad física y moral, a las libertades de expresión e información, al honor, a la intimidad y a la propia imagen, pues la experiencia demuestra que su ejercicio puede verse más fácilmente limitado en la práctica cuando el titular padece algún tipo de minusvalía.

Pese a que la vigente Constitución no reconoce un utópico derecho a la igualdad sin más, sí otorga tal condición a algunas de las concretas manifestaciones que dicho principio adopta en función del objeto a que hace referencia, siendo una de ellas, ubicada en el artículo 23.2 CE, tema preferente de estudio en el capítulo quinto de este trabajo. Antes de afrontar su análisis aludimos al citado concepto (capítulo cuarto), así como a la prohibición constitucional de discriminar comprendida en el artículo 14 y a los supuestos en que un trato distinto no resulta discriminatorio.

Tras analizar las características generales del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, dedicamos buena parte del capítulo sexto a explicar en qué consisten las situaciones de minusvalía, discapacidad e incapacidad y los trámites precisos para el reconocimiento oficial de cada una de ellas. Pese a que dichos conceptos suelen utilizarse coloquialmente como sinónimos y a que en numerosas ocasiones comprenden situaciones asimilables, del hecho de padecer unas u otras dependen las circunstancias en que se lleva a cabo el ejercicio de varios derechos fundamentales.

Observamos por último (capítulo séptimo) las peculiaridades que el legislador establece para garantizar a los minusválidos el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y las múltiples carencias de que su regulación normativa todavía adolece; no sin antes poner de relieve las pautas que, en materia de distribución de competencias, coesionan nuestro sistema jurídico plural.

1. HISTORIA, EVOLUCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Puede decirse que el constitucionalismo actual no sería lo que es sin la existencia de tales derechos, que garantizan cierto status jurídico a los ciudadanos y se constituyen como elementos esenciales de un ordenamiento jurídico objetivo, necesarios para la convivencia política y la paz social. A la hora de intentar definir que se entiende por derechos fundamentales no nos enfrentamos a un concepto uniforme, estático y ajeno a los intereses propios del poder o la sociedad que los reconoce y protege, sino más bien a una serie de realidades jurídicas, autónomas pero interrelacionadas, cuyo contenido y alcance varían según las necesidades y valores propios de cada lugar o momento histórico; que, lejos de ser graciosas concesiones, suelen ir poco a poco abriéndose camino a lo largo del espacio y del tiempo, como auténticas conquistas de libertad.

Sus orígenes se encuentran en la base del sistema político liberal y en la creencia, que por aquel entonces iba tomando forma escrita, en unos derechos naturales, inalienables e imperecederos del hombre considerado más como individuo que como ser social. Estaban destinados a hacer de él un ciudadano supuestamente libre¹, igual a los otros aunque el concepto de igualdad decimonónico, configurado ya en la segunda mitad del Siglo XVIII, dista mucho del comprendido en las constituciones democráticas

actuales, y con la posibilidad, no sólo fáctica sino también jurídica, de tener bienes propios. Reconociendo y transformando en derechos los que a partir de entonces también se consideraron principios básicos de libertad, igualdad, fraternidad, propiedad y seguridad, particularmente valiosos frente a las ideas absolutistas que los habían precedido, se quiso garantizar un área de independencia para los ciudadanos que les permitiera participar en la vida social y económica sin sufrir, teóricamente al menos, alteraciones lesivas procedentes de los poderes públicos.

Dejando al margen algunos antecedentes históricos aislados por su escasa trascendencia², las primeras recopilaciones, que aparecieron a finales del siglo XVIII en Estados Unidos y Francia constituyendo el punto de partida en cuanto hace referencia a los derechos humanos³, fueron la Declaración de Derechos del Buen pueblo de Virginia (1776)⁴ y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Pero a lo largo del siglo XIX y en la primera mitad del XX se aprobaron muchas otras, cada vez más extensas y elaboradas, que ampliaban o modificaban el catálogo de

¹ En el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se afirma que "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley". Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, p.27.

² Los documentos medievales que contienen derechos, casi siempre de origen paccionado, no son auténticas declaraciones sino privilegios que ciertas monarcas concedían a determinados súbditos, a los habitantes de una región, a quienes formaban parte de un estamento social, etc. Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1996, p.7 y ss.

³ Sobre la evolución histórica del concepto "Derechos fundamentales" y las ideologías que fueron motor de la misma pueden consultarse, entre otros muchos: Miguel ARTOLA, *Los Derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1986, p. 7 y ss. Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Derecho y Derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, p. 23 y ss. y del mismo autor: *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

los derechos fundamentales normalmente a raíz de procesos revolucionarios.

Cabe destacar, por el carácter innovador de que hicieron gala en su tiempo: La comprendida en el Título II de la Constitución belga de 1831, donde por primera vez en Europa figura el derecho de asociación (Art. 20); la Constitución francesa de 1848, cuyo preámbulo contiene la formulación más antigua de los derechos sociales⁵; la mexicana de 1917 o la alemana de Weimar (1919), en que se reconocieron límites al hasta entonces irreducible derecho de propiedad, sometiéndolo a determinados fines públicos (Art. 153) y otorgando a los trabajadores cierta participación en el funcionamiento de las empresas (Art. 165), así como la igualdad entre hombres y mujeres (Art. 109)⁶.

Los múltiples desequilibrios sociales que el propio liberalismo y su doctrina del "*laissez faire laissez passer*" contribuyeron a acrecentar causaron la progresiva y paulatina transformación de aquél. Poco a poco los estados iban dejando de ser meros guardianes de

⁵ La declaración de independencia (1776), así como el proceso político e ideológico que condujo a la aprobación de las 10 primeras enmiendas de la Constitución estadounidense (1791) han sido analizados recientemente, junto a los principales textos jurídicos elaborados en las antiguas colonias norteamericanas, por Rafael DE ASÍS ROIG, Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG y Javier DORADO PORRAS, "Los Textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución", en Historia de los Derechos Fundamentales (Dtr. G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ GARCÍA y R. DE ASÍS ROIG), Tomo II, volumen III, Dykinson, Madrid, 2001, p. 41 y ss.

⁶ Sobre este dato no existe unanimidad doctrinal; pues ya con anterioridad, como señala CASCAJO CASTRO, los artículos 21 y 22 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, hacían referencia al derecho a la instrucción, a la asistencia social y al trabajo. José Luis CASCAJO CASTRO, La tutela constitucional de los derechos sociales, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988, p. 15. El origen de tales derechos desde una perspectiva jurídico-filosófica en: Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Derechos sociales y positivismo jurídico, Dykinson, Madrid, 1999.

⁷ Como libro de consulta: Joaquín VARELA SUANZES, Textos básicos de la historia constitucional comparada, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998.

la libertad individual, aplicando estrictamente el principio de legalidad formal, para convertirse además en configuradores y garantes de unos derechos sociales emergentes⁷, así como de esa igualdad socio-política real que en origen ya se pretendía lograr mediante ellos.

El nacimiento y posterior codificación de los derechos que entre otras denominaciones reciben la de fundamentales no tuvieron lugar de inmediato ni de la misma forma en todos los sistemas jurídicos occidentales. De hecho éstas declaraciones aparecieron algo más tarde en España que en otros países y la evolución que iba experimentando su contenido estuvo ampliamente condicionada por los avatares socio-políticos que caracterizaron a nuestro siglo XIX. Pese a que ya en la Constitución de Cádiz (1812) se hallaban reconocidos los derechos más significativos de la filosofía liberal (igualdad ante la ley (Art. 258), petición (Art. 373), libertad de imprenta (Art. 371)...), no aparecían bajo el mismo epígrafe sino formulados de manera dispersa a lo largo de su extenso articulado. Hay que esperar hasta 1837, con la promulgación de la primera Constitución isabelina, para encontrar una auténtica (la más antigua) "tabla de derechos de los españoles" (Arts. 1 a 31).

Si hubiera que señalar dos hitos particularmente importantes dentro de dicho proceso evolutivo, serían quizá la Constitución progresista de 1869, precedida por la moderada de 1845, y la republicana de 1931, que sustituyó a otra conservadora cuya aprobación tuvo lugar en 1876.

Con respecto a la primera, resultó ser mucho más larga y completa que las elaboradas hasta entonces. Entre otros motivos,

⁷ Un hecho decisivo para la creación del que se denominaría Estado de bienestar fue la adopción de una serie de leyes y medidas legislativas en la Alemania de Bismarck a partir de 1880, estableciéndose los seguros de enfermedad, vejez, accidentes e invalidez. Los orígenes de esta forma de Estado en: Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Civitas, Madrid, 2002, p. 928 y ss.

destacó debido a que contenía en su Título I una amplísima y minuciosa declaración de derechos, así como por introducir el reconocimiento de las libertades públicas, elevándolas a un rango del que anteriormente sólo habían gozado en España los derechos personales del individuo considerado aisladamente⁶. También la segunda, impregnada por las ideas europeas de socialización propias de su tiempo y por la compleja situación política española, presta especial atención a los derechos fundamentales, proponiendo una declaración de gran amplitud y riqueza que presenta importantes similitudes con la actual de 1978⁷. Como novedades a resaltar: incorporó los derechos económicos y sociales (Arts. 44, 46 y 47), de igual modo que un sistema de garantías culminado por la facultad de interponer recurso de amparo ante un "Tribunal de Garantías Constitucionales" (Art. 121.h)⁸.

Los orígenes del concepto "derechos fundamentales" datan de siglos anteriores y lo que hoy se conoce con ese nombre no es, ni mucho menos, reflejo de un acontecimiento histórico en concreto, sino de un complejo, gradual y heterogéneo proceso plagado de vicisitudes. De igual modo que a finales del siglo XVIII se proclamaban como novedad las libertades individuales, a lo largo del XIX fueron abriéndose camino otras de carácter público o político y con posterioridad unos derechos a exigir ciertas prestaciones del

⁶ Las referencias que se hacen en este apartado a otras constituciones españolas más antiguas hacen su base en los textos que incluye la recopilación, llevada a cabo por largo DE ESTEBAN, *Las constituciones de España. Textos auxiliares* Taurus, Madrid, 1988.

⁷ Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1995, p. 117 y ss.

⁸ Como ya se puso de manifiesto en la Declaración francesa de 1789, "toda sociedad que no tenga asegurada la garantía de los derechos no tiene Constitución". En palabras de GARCÍA MORILLO, "el solo reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente si no va acompañado de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de tales derechos". Joaquín GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.20. Del mismo autor, *El amparo judicial de los derechos Fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p.15.

Estado que, sumados a las anteriores, constituyen una parte especialmente significativa de las constituciones democráticas modernas. No hay que olvidar que conforme un sistema social evoluciona lo hacen también sus necesidades y el conjunto de valores o bienes que en él son considerados particularmente valiosos y por ello dignos de ser objeto de especial protección. Así como que, según sucede en otras disciplinas ajenas por completo al derecho, los avances producidos en el ámbito territorial de un país no suelen tardar mucho en extenderse a los de su entorno.

La doctrina parece no ponerse de acuerdo a la hora de elaborar una definición de estos elementos básicos, que constituyen los fundamentos materiales de todo nuestro sistema legal. Según advierte PEREZ LUÑO, configuran *"un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*¹¹. Pero también se ha dicho, no sin razón, que los denominados fundamentales son derechos humanos positivizados y que adquieren su especial fuerza, firmeza y vinculatoriedad al formar parte integrante de una norma constitucional.

De éste último intento definitorio, que no hace referencia a aspectos como su origen, contenido y finalidad, podemos quizá extraer las principales notas que los caracterizan o al menos algunas de las más significativas:

Se trata lógicamente de derechos humanos, ya que las personas físicas son sus únicos destinatarios sin perjuicio de que algunos (derecho de reunión, de asociación, a la intimidad familiar, a la huelga...) puedan o deban ejercerse en grupo; están "positivizados", lo cual significa que constituyen normas escritas e integradas dentro de un ordenamiento jurídico positivo y es su regulación constitucional, sobre todo las formas de garantía que este tipo de normas com-

¹¹ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001, p.48.

prenden frente a las posibles alteraciones que impidan o dificulten el libre ejercicio de los derechos, lo que les proporciona su carácter básico y de aplicación preferente; evitando que sólo sean meras declaraciones abstractas de buena voluntad carentes de trascendencia práctica. La constitucionalización de dichos bienes esenciales tiene lugar debido a la vital importancia social que previamente ya revestían, si bien el hecho de hallarse incluidos en un texto legal de esta índole les atribuye su especial condición.

Los fundamentales son ante todo derechos subjetivos¹², cuyo titular es la persona humana en su más inmediata y plena realidad, aunque algunos (los que existen a la inviolabilidad del domicilio¹³, a la igualdad ante la ley¹⁴, a la propiedad, a la herencia...) corres-

¹² Cabe considerar derechos subjetivos a todos aquellos con que legítimamente cuentan los ciudadanos, independientemente de si un texto constitucional les ha otorgado o no la condición de fundamentales.

¹³ Parece claro que nuestro Tribunal Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la misma CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Éste es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria" (STC. 137/1985, de 27 de octubre).

Con respecto a las personas jurídico-privadas "puede sostenerse que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta" (STC. 139/1995, de 26 de septiembre).

¹⁴ "De hecho, este Tribunal ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el artículo 14 CE, a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC. 99/1983, de 16 de noviembre; 20 y 26/1985, de 14 y 22 de febrero, respectivamente, y 39/1986, de 31 de marzo, sin que existan razones para modificar esta doctrina general" (STC. 23/1989, de 2 de febrero).

pondan igualmente a las de carácter jurídico-privado¹⁵. Pero al mismo tiempo deben considerarse elementos constitutivos de un orden institucional básico, que resulta necesario para el funcionamiento adecuado de cualquier sistema democrático¹⁶; así como cauces que orientan y definen las relaciones entre particulares o de éstos con el Estado, las Comunidades autónomas (en el caso español), los entes locales y sus respectivas instituciones.

Desde un primer momento, el Tribunal Constitucional reconoció que *"los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero"*¹⁷. Tempranamente sostuvo a su vez que poseen un doble carácter: De derechos individuales y de *"componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del ordenamiento jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política"*¹⁸.

¹⁵ "En principio los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos (STC. 64/1988, de 12 de abril, Fj. 1). Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de "derecho fundamental" que está en la base del Art. 10 CE, resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (STC. 91/1995, de 19 de junio, Fj. 2)". El TC. sólo ha reconocido y con muchos matices, a las personas públicas, el derecho a la tutela judicial efectiva "en cuanto el Ordenamiento les atribuye capacidad para ser partes en los procesos (STC. 175/2001, de 16 de julio.)" (STC. 239/2001, de 18 de diciembre) y a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley, en que "está en juego, no sólo el Art. 14 CE, sino también, en todo caso, el Art. 24 CE. (STC. 100/1993, de 22 de marzo)" (STC. 240/2001, de 18 de diciembre).

¹⁶ Antonio LÓPEZ PEÑA, *La garantía constitucional de los Derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991, p. 35 y ss.

¹⁷ STC. 5/1981, de 13 de febrero; voto particular formulado por D. Francisco TOMÁS Y VALIENTE al que se adhirieron otros magistrados.

¹⁸ STC. 53/1985, de 11 de abril.

Cabe además recordar que los derechos fundamentales constitucionalmente asumidos no configuran una lista herméticamente cerrada sino abierta a la admisión, por vía interpretativa, de otros distintos aunque relacionados con los que allí se incluyen. La rápida evolución científica y tecnológica hace que en determinados aspectos estos textos recopilatorios vayan quedando obsoletos, debiéndose afrontar las nuevas exigencias de protección. Pensemos en la necesidad de preservar los datos personales frente al desarrollo y potencial abuso de la informática o en las diversas cuestiones de bioética planteadas ante los incipientes avances de la medicina y la genética.

1.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL

Mientras que todo el siglo XIX y las primeras décadas del XX se caracterizaron por constituir un periodo de positivación a nivel nacional, en el ámbito supranacional puede decirse que el principal cambio o al menos el de mayor repercusión en la forma de entender y recopilar los derechos y libertades del hombre (no en su contenido) tuvo lugar tras la II Guerra mundial, como consecuencia de los múltiples abusos perpetrados durante ella. La realidad había demostrado hasta que punto era necesaria cierta cooperación entre países para intentar proteger estos bienes esenciales que a partir de entonces cambiaron de "Status jurídico". Pasaron de ser patrimonio exclusivo de los ordenamientos estatales a adquirir una importantísima dimensión internacional.

Sin mencionar las diversas iniciativas presentadas con anterioridad en el seno de la Sociedad de Naciones (1919-1939), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948¹⁸, fue la primera en aparecer de una serie de exposiciones programáticas, entre las que también cabe citar la Declaración sobre los derechos del niño (1959)¹⁹, la Declaración sobre la eliminación de cualquier forma

¹⁸ Antonio TRUYOL Y SERRA, *Los Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, p.37 y ss.

¹⁹ Años más tarde esta declaración dio lugar (por resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989) a la aprobación de un Convenio de protección a la Infancia, que ya ha sido ratificado por más de 170 países.

de discriminación racial (1963) o la Declaración sobre la eliminación de la discriminación con respecto a la mujer (1967), todas ellas de Naciones Unidas²¹.

Pese al carácter simbólico y no vinculante que desde un primer momento tuvieron, los mensajes comprendidos en estas recopilaciones han trascendido enormemente debido a su amplísima repercusión socio-política. Ya inicialmente fueron suscritas por representantes de numerosos gobiernos estatales, que al firmarlas se comprometieron formalmente a procurar, dentro de sus respectivos ámbitos jurisdiccionales, los medios necesarios para hacer que los principios y derechos que contenían se respetaran y pudieran ejercerse libremente.

En el trasfondo de tales documentos subyace la idea básica, comprendida en el artículo 1 DUDH, de que *"todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*; así como el reconocimiento de la necesidad de procurar que el ejercicio de esos aspectos esenciales no admita distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias.

A nivel internacional existen desde hace tiempo varios órganos con competencias para promover y desarrollar normativamente los derechos del hombre. Allá por 1946 el Consejo Económico y Social de la ONU, encargado también de elaborar estudios, informes y recomendaciones sobre esta materia²², creó la

²¹ La Carta de las Naciones Unidas (documento fundacional) contiene varias disposiciones relativas a estos derechos (Arts. 13,1.b), 55.c), 56, 62.2, 68 y 76) pero no los define. Destaca en su preámbulo "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y de mujeres y de las naciones grandes y pequeñas"; planteándose entre otros propósitos (Art. 1.3) el de "realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Comisión de Derechos Humanos, que a partir de 1967 pudo conocer violaciones de dichos bienes esenciales, emitiendo opiniones o recomendaciones con respecto a las mismas²¹. En 1993 la Asamblea General (Resolución 48/141, de 20 de diciembre) instituyó la figura del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, funcionario destinado a protegerlos y promocionarlos entre otros fines más específicos²².

La Corte Internacional de Justicia, organismo judicial de Naciones Unidas, conoce de *"todos los litigios que las partes le sometan y de todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas y en los tratados y convenios vigentes"* (Art. 36 de su Estatuto). Mientras que el Consejo de Seguridad, pese a no haber recibido competencias expresas en materia de derechos humanos, puede recomendar o incluso decidir sobre cuestiones relativas a ellos siempre que exista un nexo entre el ámbito de sus facultades y las vulneraciones de tales derechos²³.

²¹ Sobre los distintos órganos de Naciones Unidas competentes en materia de derechos humanos: Carlos VILLÁN DURÁN, Curso de Derecho internacional de los derechos humanos, Trotta, Madrid, 2002, p. 141 y ss.

²² Esa facultad para ejercer funciones de protección le fue reconocida por el Consejo Económico y Social en Resolución 1235 (XLII), de 6 de junio de 1967.

²³ Entre las varias funciones que le han sido atribuidas cabe citar, junto a esta: la labor de hacer efectivo el derecho al desarrollo; los cometidos de entablar un diálogo con los gobiernos y ampliar la cooperación internacional pretendiendo alcanzar la plena efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales; o la misión de "racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar los mecanismos de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos con miras a aumentar su eficiencia y eficacia" (Disposición 4ª de la Resolución 48/141). Concretamente ejerce las siguientes tareas: "Buenos oficios" y "contactos directos" para dialogar con los Gobiernos sobre cuestiones relacionadas con la protección de los derechos humanos; intentos de conciliación en situaciones de crisis donde se están cometiendo vulneraciones masivas y sistemáticas y acciones preventivas para impedir que sean violados. Ana SALADO OSUNA, Textos básicos de Naciones Unidas, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997, p.25 y ss.

²⁴ Por razones fundamentalmente políticas, el Consejo de Seguridad no trató asuntos relativos a derechos humanos durante el período de la Guerra Fría, pero posteriormente también ha ido adoptando algunas decisiones relevantes: En 1993 fue creado el TPIYUG. (Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los responsables de

El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de la ONU aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituyen auténticos tratados jurídicamente vinculantes para los países signatarios. Pese a que los dos incluyen varios preceptos comunes, ambos resultan complementarios en cuanto a sus contenidos, dando así cabida a todo el conjunto de derechos humanos. Mientras que el primero recoge los que existen a la vida (Art. 6)², a la integridad (Art. 7), a la tutela judicial efectiva (Arts. 14 y 15), a la intimidad (Art.17), a las libertades personal (Arts. 8, 9 y 11), de pensamiento (Art. 18), de expresión (Art. 19)³, circulación (Art. 12), asociación (Art. 22) y reunión (Art. 21), a la igualdad ante la ley (Art. 26) o a *"tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su País"* (Art. 25.c)); el segundo comprende el derecho al trabajo en circunstancias dignas (Arts. 6 y 7), a la Seguridad Social (Art. 9), la educación (Art. 13) y la cultura (Art. 15), a un nivel de vida adecuado (Art. 11)...

Comparando a grandes rasgos ambos convenios, cabe destacar que las obligaciones asumidas en uno y otro se adquieren de

² graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991) y en 1994 el TPIRW (Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Rwanda y de los ciudadanos rwandeses presuntamente responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994).

³ En lo que concierne al citado derecho, este pacto fue completado por el Protocolo facultativo 2º, de 1989, destinado a abolir la pena de muerte.

⁴ "Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección" (Art. 19.2 PIDCP). Pero su ejercicio "entraña deberes y responsabilidades especiales, por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (Art. 19.3 PIDCP).

manera distinta: Si bien los derechos llamados civiles y políticos constituyen deberes de por sí²⁰, los económicos, sociales y culturales tienen carácter progresivo, asumiendo únicamente cada estado parte el compromiso formal *"de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"* (Art. 2.1 PIDESC.)²¹.

Precedentes de Naciones Unidas, existen otros documentos cuyo objetivo es la salvaguardia de derechos o valores concretos: Como la Convención relativa a la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 7 de marzo de 1966²²; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, de 18 de diciembre de 1979 o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984²³.

²⁰ "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Art. 2.1 PIDCP). Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *Textos Básicos de Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 1973, p.120 y ss.

²¹ Alejandro RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 512

²² A los efectos de esta convención, por discriminación racial cabe entender "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública" (Art. 1.1).

²³ Elaborados y aprobados en dicha organización, también destacan por su relevancia El Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, de 9 de

De entre los elaborados en el seno de la OIT, constituida en 1919 para fomentar la dignidad en el ejercicio del derecho al trabajo, cabe citar: El Convenio número 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948; el Convenio número 100, que se refiere a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 29 de junio de 1951; el Convenio número 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957; el Convenio número 111, que pretende la no discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958 o el Convenio número 117, dedicado a las normas y objetivos básicos de la política social, de 22 de junio de 1962. Bajo los auspicios de la UNESCO, surgida en 1945 con objeto de garantizar el derecho a la educación, la ciencia y la cultura en todo el mundo, se ha firmado junto a otros la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

Existen pactos internacionales con vocación de universalidad como éstos últimos, pero también muchos otros que se circunscriben a espacios geográficos más concretos: Por ejemplo el Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, destinado a favorecer su protección respeto y desarrollo en los países miembros del Consejo de Europa²³, que destacó por haber introducido un sistema de garantías jurisdiccionales mediante la creación del

²³ diciembre de 1948; la Convención relativa al estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951; la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 28 de septiembre de 1954 o la Convención para la reducción de los casos de apatridia, de 28 de agosto de 1961.

²⁴ En su tratado constitutivo, aprobado en Londres el 5 de mayo de 1949, se vino a decir (Art. 3) que cada Estado miembro "reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"; pero la plasmación de éstos no aparece en dicho Tratado sino en el Convenio de 4 de noviembre de 1950. Allí se protegen los siguientes derechos: a la vida (Art. 2); a no padecer torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (Art. 3); a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (Art. 4); a la libertad y a la seguridad (Art. 5); a un juicio justo y a la presunción de inocencia (Art. 6); a que la Ley penal no tenga efectos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Título II); la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961; el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977 o el también Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981; la Convención americana sobre Derechos humanos³³, acordada por la Organización de Estados Americanos (OEA.) el 22 de noviembre de 1969 o la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, adoptada el 27 de junio de 1981 por los países miembros de la Organización de la Unidad Africana (OUA).

Esa tendencia unificadora, tan característica del tiempo en que vivimos, y las lógicas lagunas o imprecisiones que suelen aparecer en los textos legales escritos, han hecho que en ocasiones la jurisprudencia internacional deba desempeñar un papel importantísimo a la hora de definir, homogeneizar y proteger el contenido de estos derechos fundamentales, sobre todo en las últimas décadas. Ejemplos paradigmáticos de ello han sido y son las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puesto que, al no existir un catálogo de derechos específicamente comunitarios hasta que fue aprobada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000³⁴

³³ retroactivos (Art. 7); al respeto de la vida privada y familiar (Art. 8); a las libertades de pensamiento, conciencia y religión (Art. 9), expresión e información (Art. 10), reunión pacífica, asociación y sindicación (Art. 11); a contraer matrimonio (Art. 12); a recurrir ante una instancia nacional cuando se violen estos derechos (Art. 13) y a disfrutarlos sin discriminaciones (Art. 14). El presente listado se completa mediante algunos Protocolos Adicionales.

³⁴ Sobre el sistema regional interamericano de promoción y protección de estos derechos: Hector GROS ESPIELL, *Estudios sobre Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 65 y ss.

³⁵ Pese a que la Carta de Derechos Fundamentales carece de eficacia jurídica directa, ello no impide que los órganos comunitarios la invoquen a título de fuente complementaria, pues representa los valores constitucionales comunes de todos los estados miembros. Albrecht WEBER, "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en REDC, Num. 64, (enero-abril de 2002), p.79 y ss. Su proceso de elaboración, ámbito de aplicación y contenido en: Antonio FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.41 y ss.

(formalmente no vinculante)²⁵, le correspondió principalmente a él la tarea de ir configurándolo progresivamente. A tal fin ha utilizado, como fuente de inspiración, "las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros"²⁶, cuyo respeto forma parte de los principios generales del derecho comunitario que el citado Tribunal debe asegurar, y los instrumentos más significativos del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos²⁷.

Estos principios comunes, transformados en esencia del Derecho comunitario, han servido igualmente y todavía sirven para delimitar la actuación de las instituciones y órganos, así como la responsabilidad del legislador en el ámbito europeo, siendo a menudo un parámetro interpretativo de las normas que colma sus eventuales carencias. Aquí subyace la idea de que los países asociados lo están por que normalmente comparten una serie de valores culturales, históricos, éticos, humanísticos..., que les han llevado a configurar sistemas jurídicos homogéneos, basados en principios semejantes, caso de los de dignidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad, no discriminación, protección de la confianza legítima... y perfectamente conciliables²⁸; sin que la regulación y el alcance de los derechos tengan por que resultar idénticos en todos ellos.

²⁵ Este documento, reproducido en la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, consta de un preámbulo y 54 artículos, divididos en siete grandes rúbricas: dignidad (Arts. 1 a 5); libertades (Arts. 6 a 19); igualdad (Arts. 20 a 26); solidaridad (Arts. 27 a 38); ciudadanía (Arts. 39 a 46); justicia (Arts. 47 a 50) y disposiciones generales (Arts. 51 a 54).

²⁶ STJCE 11/1970, de 17 de diciembre. Ricardo ALONSO GARCÍA, "Derechos fundamentales y Comunidades europeas", en Estudios sobre la Constitución española, Tomo II. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1991, p.799 y ss.

²⁷ Si bien la Comunidad Europea todavía no ha llegado a poseer una Constitución en sentido estricto, los derechos fundamentales están muy presentes, aunque de manera dispersa, en los diversos tratados constitutivos. Con respecto a este hecho y a la labor protectora que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de Derechos fundamentales: Ángel CHUECA SANCHO, Los Derechos fundamentales en la Unión Europea, Bosch, Barcelona, 1999, p.70 y ss.

²⁸ Ricardo ALONSO GARCÍA, Derecho comunitario, derechos nacionales y Derecho común europeo, Civitas, Madrid, 1989, p.227 y ss.

2. CLASIFICACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. DERIVADAS DE LA CONSTITUCIÓN

Las clasificaciones que ha ido elaborando la doctrina de tales derechos han sido muchas y variadas, quizá por esa enorme dificultad que supone agruparlos todos atendiendo a un único criterio sin que ninguno sea subsumible en varias de las categorías propuestas. Cada derecho aparece reconocido en la Constitución de manera autónoma, pero hay que tener en cuenta que no se trata de figuras jurídicas aisladas sino interrelacionadas, con puntos de confluencia y límites no siempre fáciles de determinar, que todas ellas son igualmente básicas para el buen funcionamiento tanto de las instituciones democráticas como de la convivencia social y que su interpretación siempre ha de llevarse a cabo de conformidad con los otros derechos y con todo el texto.

Una primera distinción, hecha por el propio Órgano Constituyente, se encuentra dentro de nuestra Ley de leyes donde son catalogados según el mayor o menor nivel de protección que reciben (Art. 53 CE.). Parece haberse creado una especie de gradación descendente entre ellos, ya que no todos merecen las mismas garantías frente a posibles agresiones de ciudadanos particulares, entidades privadas o poderes públicos.

En primer lugar están los aparentemente considerados de especial interés, que forman la sección I del capítulo II del título I más el artículo 14, cuya peculiaridad reside en que pueden ser

alegados ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad¹ o, en su caso, a través de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Arts. 53.2 CE. y 41 a 58 LOTC).² Éstas formas de protección extraordinaria no se contemplan para los demás, exceptuando el derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30.2 CE, al que sí cabe aplicar el citado recurso.

*"La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias"*³; pero, pese a que el amparo queda circunscrito sólo a la salvaguarda de algunos derechos constitucionales, no cabe descartar que otros puedan también encontrar tal protección por hallarse indisolublemente imbricados con los que específicamente la tienen⁴.

¹ Los amparos judicial y constitucional son mecanismos sucesivos entre sí, subsidiario el segundo del primero y alternativos con respecto al procedimiento ordinario. Joaquín GARCÍA MORILLO, *Cit.*, p.22 y ss.

² Entre otros muchos: Flor GENEROSO HERMOSO, *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 1998.

³ STC. 1/1981, de 26 de enero.

⁴ Por ejemplo, ya en sentencia 3/1981, de 2 de febrero, el TC. respondió afirmativamente a la cuestión de si el derecho a crear partidos políticos resulta o no susceptible de amparo constitucional (pese a que la mención específica a los mismos aparece en el artículo 6 CE.), puesto que tal conclusión se obtiene en virtud del artículo 22 CE, relativo al derecho de asociación. Argumenta explicando que "un partido es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión". Reiterando dicha doctrina, en Sentencia 184/1991, de 30 de septiembre, "ha entendido que puede incluirse dentro del contenido de libertad sindical protegible en la vía de amparo la protección de la legitimación legalmente reconocida a un Sindicato para negociar un Convenio Colectivo"; mientras que en la 428/1989, considera posible objeto de recurso el ejercicio de la iniciativa legislativa popular, reconocida en el artículo 87.3 CE, por su relación con el derecho fundamental consagrado en el 23.1. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El Recurso de Amparo según la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p.23 y ss.

Este mecanismo no supone una instancia revisora de las decisiones judiciales ni *"está concebido como un procedimiento de la jurisdicción constitucional para el control directo y abstracto de la constitucionalidad de una Ley por presunta violación en la misma de alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino como un remedio para reparar las lesiones que en tales derechos y libertades se hayan efectivamente producido por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho⁵ de los poderes públicos"*⁶. A través suyo el TC. tampoco está facultado para *"entrar en el conocimiento y corrección de los hipotéticos errores que hayan podido cometer los Tribunales ordinarios al resolver cuestiones de mera legalidad si ese juicio de legalidad ordinaria, además de erróneo, no impide, al mismo tiempo, por ejemplo, el acceso a los recursos o no produce indefensión alguna de las partes o no conlleva una inejecución de lo juzgado. El recurso de amparo (...) no puede revisar las resoluciones judiciales a las que no se impute la violación directa de derechos constitucionales susceptibles de amparo, sino simples errores de hecho o de interpretación y aplicación de la legalidad"*⁷.

Seguidamente aparecen los comprendidos en la Sección II del mismo Capítulo (Arts. 30 a 38), que son objeto de protección jurisdiccional por la vía ordinaria y un tercer conjunto, formado por los derechos económicos y sociales, que agrupándose bajo el título *"de los principios rectores de la política social y económica"* constituyen el Capítulo III del Título I (Art. 39 a 52). La doctrina se ha planteado el problema de cual es la naturaleza propia de esos llamados principios, llegando a la conclusión mayoritaria de que configuran auténticas normas jurídicas programáticas, directamente aplicables, cuyo reconocimiento, respeto y protección son una especie de

⁵ "Por vías de hecho hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico" (STC. 22/1984, de 17 de febrero).

⁶ STC. 200/1999, de 8 de noviembre. En el mismo sentido STC. 185/1999, de 11 de octubre.

⁷ STC. 46/1983, de 27 de mayo.

directrices o pautas a seguir obligatoriamente por los poderes públicos, el legislador positivo y la actuación judicial (Art. 53.3 CE.)⁸.

Aunque en dicho párrafo se afirme "que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", ello no significa que únicamente sean vinculantes cuando estén comprendidos en tales normas. De hecho el artículo 9.1 CE. reconoce sin reservas que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Ya en sentencia de 8 de junio de 1981, el Tribunal Constitucional señaló que esta reserva de ley no debía diferir su aplicabilidad hasta que se dictase una norma legal posterior, puesto que los principios constitucionales son siempre de aplicación inmediata⁹, recordando que el legislador ordinario será quien, con posterioridad, se encargue de precisar las condiciones necesarias para ejercerlos y poder exigir judicialmente su cumplimiento. Cuando alguna ley o disposición normativa de tal rango los ignore o vulnere, pasará a constituir un eventual objeto de recurso (Arts. 161.1.a CE, 162.1.a CE. y 31 a 34 LOTC.)¹⁰ o cuestión (Arts. 163 CE. y 35 a 37 LOTC.) de inconstitucionalidad¹¹.

Ciertamente su eficacia desde la perspectiva del potencial ejercicio de acciones individuales destinadas a obtener concretas

⁸ En la cuestión de si los principios rectores de la política social y económica constituyen derechos fundamentales no existe unanimidad doctrinal. Manteniendo una postura negativa: Beatriz GONZÁLEZ MORENO, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, p. 125 y ss.

⁹ Antonio E. PEREZ LUNO, "Los Derechos fundamentales", *Temas clave de la Constitución española*, Temos, Madrid, 1993, p. 64 y ss.

¹⁰ Entre otros muchos: María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p.67 y ss.

¹¹ Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, "La cuestión de inconstitucionalidad", en *Recurso de amparo, cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, p. 17 y ss.

pretensiones jurídicas queda diferida en el tiempo y, por consiguiente, pospuesta hasta el cumplimiento del mandato dirigido al legislador; pero ello en absoluto implica la exclusión de esos mecanismos con que los jueces ordinarios cuentan para hacer cumplir la Constitución. Concretamente la potestad de enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes a aplicar, la obligación de consultar al TC. cuando se les susciten dudas razonables acerca de la misma, el juicio positivo de constitucionalidad, la interpretación *secundum constitutionem* de todo el ordenamiento y la censura íntegra de constitucionalidad sobre decretos legislativos, reglamentos y actos jurídicos tanto públicos como privados¹² existieron desde un primer momento dándoles cabida indirectamente por ser parte de nuestra Carta Magna.

Los principios rectores de la política social y económica constituyen derecho vigente, aunque todavía no esté, o sólo parcialmente, formulado en normas concretas que delimiten con claridad un supuesto de hecho y sus consecuencias jurídicas adyacentes. Son pautas generales que precisan llenarse de contenido, cuya concreción corresponde al legislador y a la jurisprudencia de los tribunales¹³.

Junto a las garantías jurisdiccionales, el breve Capítulo IV del Título I, dedicado a proteger las libertades y derechos fundamentales, establece un límite reseñable a la actuación del legislador, puesto que *"en todo caso deberá respetar su contenido esencial"* (Art. 53.1

¹² Los principios rectores de la política social y económica actúan como auténticas normas jurídicas, pero exigen para su conversión en verdaderos derechos sociales, ejercitables subjetivamente por los ciudadanos, el oportuno desarrollo legal y la implantación del correspondiente sistema prestacional. Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1996, p.76 y ss.

¹³ Entre otras opiniones, se ha dicho "que representan el marco normativo de resultados y condiciones de objetividad y permanencia de unos contenidos materiales, jurídicamente vinculantes y punto de partida de desarrollos normativos posteriores", José Luis CASCAJO CASTRO, *Cit.* p.33.

CE.) y prevé dos formas de tutela extrajudicial, que son el Defensor del Pueblo y el mencionado recurso de inconstitucionalidad.

Éste último procedimiento aparece recogido en el artículo 161.1.a CE, al que remite el 53.1 y puede interponerse, siempre dentro de un plazo a contar desde su publicación, frente a las disposiciones normativas con fuerza o valor de ley que sean contrarias a la Constitución. A través suyo el Tribunal Constitucional, órgano competente para conocer de ellos, controla las actuaciones del poder legislativo; mientras que el Defensor del Pueblo es quien, como alto comisionado de las Cortes Generales (Art. 54 CE.), se encarga de supervisar la actividad de la Administración en cuanto hace referencia a los derechos comprendidos en todo el Título primero¹⁴.

Esa clasificación de los derechos fundamentales que hizo el legislador constituyente, atendiendo a las formas de garantía precisas para que cualquiera aspire a ejercerlos con libertad y seguridad, se observa así mismo en cuanto al tipo de normas que su regulación requiere. Según se trate de leyes orgánicas u ordinarias, pese a no existir ninguna relación jerárquica entre ambos tipos, tanto ésta como las posibles reformas de que sean objeto requerirán de un procedimiento más o menos complejo y consensuado.

El artículo 81.1 CE, establece que han de ser leyes orgánicas: Las relativas al desarrollo *"de los derechos fundamentales y de las*

¹⁴ La institución del Defensor del Pueblo que, dejando al margen antecedentes más remotos según fue la figura del Justicia aragonés, tuvo su origen en Suecia a principios del siglo XIX (concretamente en 1809), no pasó a ser parte del ordenamiento jurídico español hasta que entró en vigor la Constitución de 1978. De él se ha dicho que constituye un órgano imparcial y apolítico, elegido por las Cortes Generales para defender la legalidad y los derechos de los particulares frente a esas transgresiones que puedan llevar a cabo las Administraciones públicas, investigando y poniendo de relieve sus errores, negligencias o dolo. El hecho de que carezca de potestad coercitiva hace que deba limitarse a supervisar la actividad administrativa sin ser un controlador propiamente dicho, sino una autoridad con marcado carácter moral, que propone soluciones extrajudiciales para las cuestiones que él mismo se plantea o puedan formularle con respecto a cualquiera de los derechos del Título I.

libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución". Teniendo en cuenta que el enunciado que precede a la Sección I del Capítulo II coincide literalmente con la primera de las tipologías comprendidas en el artículo 81 CE, cabe entender que ésta reserva sólo existe para los ubicados bajo el citado epígrafe¹⁵.

Considerando además que en el artículo 53.1 CE. se dice que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II (Arts. 14 a 38 CE.) sin especificar nada con respecto a los que forman parte del III (Arts. 39 a 52 CE.), cabe extraer de nuevo la conclusión de que existen tres categorías: Unos derechos fundamentales preferentes o básicos, que además de recibir la mayor protección jurisdiccional constitucionalmente prevista requieren de leyes orgánicas, lo que supone mayoría absoluta del Congreso, para poder ser regulados; otros, de importancia menos plena, con respecto a los que se contempla una reserva de ley ordinaria y la protección jurisdiccional normal y unos principios rectores de la política social y económica, que aparecen como cauces a seguir por los poderes públicos en sus actuaciones, cuya forma de alegación ante la jurisdicción ordinaria se supedita a lo que dispongan las leyes de desarrollo.

Así fueron ordenados los derechos y ésta es la única forma de clasificación que expresamente incorpora nuestro Texto Constitucional. Pero, a partir de las rúbricas que preceden al Capítulo II y a las secciones que lo forman parece factible pensar en otras tres, siendo que allí coexisten varias nociones distintas aunque muy relacionadas.

¹⁵ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido (STC. 160/1987, de 27 de octubre, entre otras). Entiende que los "derechos fundamentales y libertades públicas" a que se refiere el artículo 81.1 CE. son los comprendidos en la Sección I del Capítulo II del Título I, por lo que sólo es exigida forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos, no así cuando meramente les afecten o incidan en ellos.

2.1.1. Derechos fundamentales y libertades públicas

Dentro del Capítulo II de nuestra Norma suprema, titulado "*Derechos y Libertades*", se hace alusión por una parte a las libertades públicas y derechos fundamentales (Sección I) y por otra a los derechos y deberes de los ciudadanos (Sección II). Acerca de las primeras, cabe afirmar que conforman un tipo de derechos que no agota su virtualidad en cada persona, cuya trascendencia y peculiaridad residen en que su ejercicio crea, de manera inmediata y necesaria, una fuerza social¹⁹. Esto significa que siempre que alguien hace uso de ellas es con relación a otros sujetos aunque no necesariamente de forma colectiva, aspirando así a lograr una repercusión externa a su titular o titulares.

Si, tomando como punto de partida estas ideas, consideramos que todas las libertades reconocidas en el Capítulo II del Título I son derechos y no al revés, podemos afirmar que no existen grandes diferencias entre los significados de ambas expresiones sino más bien una relación de especie a género y que cuando nos referimos, por ejemplo, a las libertades de expresión, reunión o asociación, lo hacemos sabiendo que constituyen auténticos derechos fundamentales, los que cada individuo tiene a expresarse, reunirse o asociarse libremente.

Pero no es lo mismo hablar de libertades públicas que de esa libertad en abstracto que, como situación fáctica o realidad jurídica, impregna todo el derecho en forma de valor superior y principio constitucional. A la hora de intentar definirla encontramos un concepto ambiguo, que admite varias acepciones y al que cabe llegar desde muy distintas perspectivas. Se ha hecho referencia a ella tanto en sentido negativo, siendo la situación en que

¹⁹ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 2000, p.158. Un interesante resumen de los esfuerzos doctrinales llevados a cabo para diferenciar entre derechos humanos y libertades públicas ver: Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Cit. p. 35 y ss.

cada persona cuenta con la posibilidad de obrar o no sin verse obligada a ello o sin que se lo impidan otros, como positivo, cuando el individuo ostenta la facultad de orientar su voluntad hacia un objetivo y tomar decisiones sin verse determinado por voluntades ajenas¹⁷.

*"El principio general de libertad que la Constitución (Art. 1.1) consagra, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas"*¹⁸. Lo que se les garantiza a través suyo es una esfera de autodeterminación donde únicamente puede intervenir cada sujeto, sin más limitaciones que las constitucional o legalmente previstas y los derechos de terceros. En un sistema democrático como el español los derechos de libertad no son otorgados sino reconocidos y su disfrute no requiere ningún tipo de autorización o concesión por parte de los poderes públicos (STC. 77/1982, de 20 de diciembre). Basta en principio con que se limiten a "dejar hacer", desarrollando tan solo las actuaciones precisas para favorecerlos, poner fin a las intromisiones ilegítimas y restablecerlos si se han visto vulnerados.

La libertad en abstracto, que en nuestra Ley de leyes aparece como valor superior y es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (Art. 10.1 CE.), no constituye un derecho subjetivo autónomo tutelable por el Tribunal Constitucional¹⁹, sino una situación fáctica particularmente valiosa que la Constitución

¹⁷ Acerca del concepto de libertad pueden consultarse: Norberto BOBBIO, *Igualdad y libertad*, ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p.97 y ss. o Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.54 y ss.

¹⁸ STC. 83/1984, de 24 de julio.

¹⁹ Las concepciones dominantes sobre la libertad en nuestra comunidad política no protegen ésta como licencia, sino un conjunto de diferentes derechos respecto a libertades concretas. Ronald DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, p.140.

reconoce y protege, transformando en derechos fundamentales algunas de sus principales manifestaciones³⁹.

En tanto que valor superior, la libertad viene a ser raíz y causa de un conjunto de exigencias o premisas desplegadas en el propio Texto Constitucional, tales como la soberanía popular, la tolerancia o la separación de poderes; impregna el contenido y alcance de todos los derechos; debe orientar la elaboración, interpretación y aplicación de cualquier norma que vaya a formar o forme parte del sistema jurídico que preside y es considerada un objetivo preferente a cumplir por los Poderes públicos, puesto que a ellos corresponde la función de promover las condiciones necesarias para hacerla real y efectiva (Art. 9.2 CE.).

Recordemos además que solamente existe una plena realización de los derechos a la libertad, ya sea ideológica, religiosa y de culto (Art. 16 CE.), personal (Art. 17.1 CE.), de residencia y circulación (Art. 19 CE.), de expresión, cátedra e información (Art. 20.1 CE.), de reunión, manifestación (Art. 21 CE.) y asociación (Art. 22 CE.), de enseñanza (Art. 27.1 CE.) o sindical (Art. 28.1 CE.), cuando es ejercida conforme al principio de igualdad y con pleno respeto a la dignidad de la persona humana. Pues no existe verdadera libertad si los ciudadanos no gozan de idénticos derechos y la dignidad personal se constituye en raíz o base de todos ellos.

2.1.2. Derechos fundamentales y derechos de los ciudadanos

Otra hipotética distinción hallaría su razón de ser en las rúbricas que anteceden a las dos secciones que conforman el Capítulo II del Título I. Mientras en el título de la Sección primera se habla de "derechos fundamentales", los comprendidos en la Sección segunda aparecen como "derechos de los ciudadanos" sin

³⁹ La noción genérica de libertad se traduce en libertades concretas, algunas de las cuales configuran derechos fundamentales (por haber sido constitucionalmente asumidas con tal rango) y otras no (STC. 89/1997). De todas ellas se ha dicho que suponen la proyección de la idea de libertad en cada momento determinado y en cada plano concreto de las relaciones interindividuales y sociales. Remedios SÁNCHEZ FERRÍZ, *cit.* p.47.

que se haga referencia alguna a su carácter fundamental o no. Dicha variedad terminológica supone una prueba más de la distinta valoración que unos y otros reciben pero no deja de resultar curiosa, teniendo en cuenta que todos los derechos pertenecen por su propia naturaleza a los ciudadanos, estén o no ubicados debajo de tal epígrafe y que si lo están forman parte del Título I, siendo por ello derechos fundamentales.

2.1.3. Derechos y deberes constitucionales

Finalmente una tercera podría tener lugar entre éstos últimos y esos deberes constitucionales que comprenden los artículos 30.1 y 4, 31.1, 33.2 y 35.1 CE; aunque las escasas características comunes que presentan hacen difícil pensar en una categoría mínimamente uniforme.

El primero se refiere a un derecho, el de defender a España, que implica la aparición de un deber correlativo y a la posibilidad de que por ley sean regulados los procedentes en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad; el segundo establece sin más y para "todos" la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, de acuerdo con el poder adquisitivo que cada cual acredite y el tercero impone a los propietarios la obligación de asumir limitaciones en el ejercicio de su derecho a la propiedad privada, debido a esa necesaria función social que para salvaguardar intereses generales lleva consigo.

A diferencia de los anteriores, la existencia del cuarto, que comprende el deber de trabajar y el derecho al trabajo, parece responder a un fin mucho más simbólico que real. Las circunstancias socio-económicas hacen que éste, como sucede con otros (caso del derecho a una vivienda digna o a la libre elección de profesión u oficio) no pueda ser siempre llevado a la práctica ni mucho menos considerado y exigido como si fuese un auténtico deber personal¹¹.

¹¹ Otra obligación constitucional de naturaleza moral o simbólica aparece en el artículo 3.1 CE, al afirmarse allí que "el castellano es la lengua española oficial del Estado" y que "todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla".

2.2. POR RAZÓN DE LOS SUJETOS IMPLICADOS, FINALIDADES, CONTENIDO Y ORÍGENES

Fuera del tenor literal de la Constitución y pensando en la naturaleza de los sujetos que son o cuentan con la facultad de ser titulares de derechos fundamentales, cabe la posibilidad de llevar a cabo varias clasificaciones.

A grandes rasgos la doctrina distingue entre unos de carácter universal y aquellos otros cuyo destino es cubrir las necesidades de colectivos o grupos determinados. El ejercicio de los primeros se atribuye a toda persona dependiente de la jurisdicción del Estado u organización supranacional que los reconoce y protege, como sucede en España con el derecho a la vida, a la integridad física y moral (Art. 15 CE.), a la libertad ideológica, religiosa y de culto (Art. 16 CE.), al honor (Art.18.1 CE.), a la seguridad (Art. 17 CE.)²², a la libertad personal (Art. 17 CE.)²³ y de expresión (Art. 20.1 CE.), a una tutela judicial efectiva (Art. 24 CE.)²⁴, a la educación (Art. 27 CE.), etc²⁵; mientras que para ser titular de los segundos se requiere la concurrencia de ciertos requisitos personales o profesionales, o bien la posesión de un status concreto. Es el caso de los derechos de huelga y libertad sindical (Art. 28 CE.), destinados

²² "El derecho que consagra el Art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro" (STC. 126/1987, de 16 de julio).

²³ Sobre el concepto constitucional de libertad personal pueden consultarse las SSTC. 2/1987, de 21 de enero y 71/1994, de 3 de marzo.

²⁴ Francisco RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, p.265 y ss.

²⁵ Las teorías iusnaturalistas, que históricamente han defendido la existencia de derechos universales, innatos y propios de la naturaleza humana, chocaron con la idea positivista de que un derecho sólo ha de ser considerado como tal cuando esté reconocido y garantizado por normas jurídicas. Partiendo de esta última premisa, podría ser puesta en duda la existencia de auténticos derechos universales o entender que lo son todos aquellos susceptibles de pertenecer a cualquier persona que se halle comprendida en un determinado ámbito jurisdiccional. En éste sentido: Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 81 y ss.

únicamente a los trabajadores; la libertad de cátedra (Art. 20.1.c CE.), establecida para los maestros, catedráticos y profesores universitarios o no; los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (Art. 20.1.d CE.), que sólo afectan a una serie de profesionales y algunos de los principios rectores de la política social y económica (Arts. 39, 40.2, 42, 48, 49, 50 y 51 CE.).

Dentro del segundo grupo podrían incluirse unos que la Constitución reserva específicamente a los españoles (concretamente la libertad de residencia, el derecho a entrar y salir libremente del País (Art. 19 CE.), el de petición (Art. 29 CE.) o el de defender a España (Art. 30.1 CE.)), mientras que los susceptibles de pertenecer a cualquier persona, ya sea nacional o extranjera (vida, integridad física y moral, honor, intimidad, propia imagen, libertad ideológica, tutela judicial efectiva...) formarían parte del primero.

En sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (fundamento jurídico 4º), el Tribunal Constitucional matizó esta clasificación, afirmando la existencia de *"derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos"*, de unos *"que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución según dispone el Art. 13.2 y con la salvedad que contiene)"* y de *"otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio"*²⁹.

También respondiendo a la pregunta de quienes son sus destinatarios, cabe diferenciar entre: Derechos de titularidad exclusivamente individual, como es el que existe a la vida y a la integridad física y moral (Art. 15 CE.), a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (Art. 23.2 CE.), a la educación (Art. 27.1 CE.), a contraer matrimonio en igualdad de condiciones

²⁹ Éstos últimos fueron desarrollados en la LO. 7/1985, de 1 de julio, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, modificada por las también Leyes Orgánicas 4/2000, de 11 de enero y 8/2000, de 22 de diciembre.

(Art. 32 CE.) o al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (Art. 35 CE.); de titularidad indiferenciada, siendo el caso del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (Art. 16 CE.), a la libertad y a la seguridad (Art. 17 CE.), al honor (Art. 18 CE.), a la libertad de expresión (Art. 20 CE.), a la participación en asuntos públicos (Art. 23.1 CE.), a obtener una tutela judicial efectiva (Art. 24 CE.)... y los que son por naturaleza colectivos, cuyo ejercicio únicamente tiene sentido al realizarse a través de grupos de personas, caso del derecho de acceso a los medios de comunicación que pertenece a los grupos sociales y políticos significativos (Art. 20.3 CE.), el de reunión pacífica y sin armas (Art. 21 CE.), el de asociación (Art. 22.1 CE.), los derechos sindicales (Art. 28 y 37.1 CE.), el que tienen las familias a una cierta protección social, económica y jurídica (Art. 39.1 CE.), así como aquel que otorga a las asociaciones de consumidores y usuarios la posibilidad de ser oídas en cuestiones que les afecten (Art. 51.2 CE.)⁷.

Según afirmó el supremo intérprete constitucional en Sentencia 16/1983, de 10 de marzo, *"la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos. La mera lectura de los artículos 14 a 29 (...) acredita que existen derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como "las comunidades" -artículo 16-, las personas jurídicas -artículo 27.6- y los sindicatos -artículo 28.2-; que hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -artículo 17- y el derecho a la intimidad familiar -artículo 18-..."*.

⁷ "La CE. no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas" pero, si el objetivo y función de éstos "es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas" (STC. 139/1995, de 26 de septiembre).

Otro criterio de clasificación, cuyo inconveniente consiste en que da lugar a resultados excesivamente casuísticos y puede que de escasa utilidad (aunque, desde mi punto de vista, el principal cometido que cumplen todas ellas consiste en facilitar el estudio de los derechos y ésta sí lo hace), atiende al bien o circunstancia que cada uno tutela. Da pie a distinguir entre: Los que garantizan la integridad física y moral, los relacionados con la propiedad privada, los que amparan la libertad de acción u omisión o aquellos destinados a asegurar la vida familiar, religiosa, laboral, política, cultural, deportiva, social, etc. Dicha forma de sistematizarlos resulta demasiado ambigua, teniendo en cuenta que el número de circunstancias objeto de protección es tanto o más elevado que el de derechos a través de los que se pretende garantizarlas y sobre todo que, de forma más o menos directa, en el trasfondo de muchos coexisten varias finalidades perfectamente diferenciables.

Si, matizando ligeramente estas ideas, consideramos que cada uno de ellos busca dar forma o responde, aunque en distinta medida, a la consecución de unos mismos ideales de libertad, igualdad, justicia y pluralismo político; cabe diferenciar entre: Derechos de libertad, cuyo objetivo es favorecer el libre desarrollo de la persona humana (Arts. 15, 16, 17, 18, 19, 20.1, 22.1... CE.); derechos de igualdad, que se constituyen en presupuesto necesario para lograr o incrementar la eficacia de todos los demás, evitando cualquier posible forma de discriminación (Arts. 14, 23.2, 24, 25.1... CE.); derechos de participación, mediante los que resulta garantizada la intervención equitativa y libre de todos en cuestiones u órganos públicos (Art. 23 CE.) y, por último, los de carácter social, destinados a procurar las condiciones necesarias para favorecer un desarrollo más completo de los individuos y grupos en que se integran (Arts. 25.2, 27.1, 28... CE.)²⁸.

²⁸ Ascensión ELVIRA PERALES, "Propuesta de clasificación de los Derechos fundamentales del Título I de la Constitución española", en *Introducción a los Derechos fundamentales*, Cit. p. 233 y ss.

Al intentar incluir dentro de una categoría en concreto cualquier derecho, por ejemplo el que existe a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (Art. 23.2 CE.), vemos surgir de nuevo el mismo inconveniente que en la clasificación anterior. Según se indica en su propio enunciado éste puede considerarse un derecho de igualdad, pero también lo es de libertad, de participación o social si se relaciona con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.

Similares consecuencias tienen lugar con los reconocidos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen (Art. 18.1 CE.), susceptibles de catalogarse como de libertad e igualdad, y con respecto a todas las libertades públicas, cuya existencia requiere e implica cierta equidad llegando a ser en ocasiones cauces indispensables para la participación ciudadana en asuntos públicos. Ello sucede muy probablemente por la íntima conexión que existe entre estas cuatro nociones: Las de igualdad y libertad están fuertemente interrelacionadas en el ámbito jurídico, de manera que no cabe la existencia de una sin otra pero además ambas se constituyen como elementos esenciales en cuanto hace referencia a la participación política y a los derechos sociales.

Similar en parte a ésta es otra clasificación que advierte la existencia de: Unos derechos llamados de autonomía, que crean y garantizan a quienes los ostentan cierta esfera de individualidad frente a las ingerencias externas que puedan obstaculizar su ejercicio (son todas aquellas formas que en la Constitución adoptan los derechos a la libertad, dignidad y seguridad humanas); otros,

⁷ Juan José SOLOZABAL ECHEVARRÍA, "Los derechos fundamentales en la Constitución española", *Revista de Estudios Políticos*, Num. 105 (julio-septiembre de 1999), p.10. Dicho autor distingue entre: derechos de libertad o frente al Estado, derechos de participación o en el Estado y derechos prestacionales, que también se ejercen frente al Estado. No excluye la posibilidad de que uno sólo pueda presentar esta triple manifestación, aunque en última instancia suela predominar alguno de los mencionados aspectos.

denominados de participación, que permiten intervenir activa o pasivamente en la formación de órganos estatales, autonómicos y locales, así como en la toma de decisiones de interés público; unos derechos subjetivos de crédito, cuyos titulares pueden exigir determinado comportamiento a los poderes públicos o que se les facilite alguna prestación²⁷ y los derechos-deber, que implican una obligación de hacer correlativa para quienes los ejercen²⁸.

Con respecto a su contenido se ha dicho que pueden ser: Personalísimos; económicos, sociales y culturales; derechos de sociedad, comunicación y participación; derechos cívico-políticos o relativos a la seguridad jurídica. Esta forma de categorizarlos ofrece dificultades muy parecidas a las otras, sobre todo la de que algunos pueden formar parte de varios de los grupos propuestos. Sucede con el derecho a la educación (Art. 27 CE.), que es personalísimo, social, cultural y cívico; el derecho al trabajo (Art. 35 CE.), que suele aparecer como personalísimo, económico y social o el que todos tenemos a participar en asuntos políticos o públicos (Art. 23.1 CE.), susceptible de considerarse de participación, cívico-político e incluso personalísimo.

También según el contenido de la obligación que cada uno refleja cabe hablar, como hace PEREZ LUNO, de: Derechos de autonomía, prestacionales o de crédito, de participación y a obtener la tutela efectiva de todos los demás. En cuanto a los que forman el primer grupo, se caracterizan por suponer para los poderes públicos y ciudadanos una obligación negativa, la de abstenerse de interferir en esos espacios predeterminados de legítima privacidad a que cada persona tiene derecho. Los segundos conllevan, por el contrario, una obligación positiva o de hacer que corresponde a las instituciones u órganos estatales, autonómicos o locales.

²⁷ Sobre las múltiples clasificaciones que se han elaborado de los derechos fundamentales: AAVV, Introducción a los Derechos fundamentales, X jornadas de estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de justicia, Madrid, 1988, volumen I, p. 228 y ss.

De entre los elaborados en el seno de la OIT, constituida en 1919 para fomentar la dignidad en el ejercicio del derecho al trabajo, cabe citar: El Convenio número 87, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948; el Convenio número 100, que se refiere a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 29 de junio de 1951; el Convenio número 105, sobre la abolición del trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957; el Convenio número 111, que pretende la no discriminación en materia de empleo y ocupación, de 25 de junio de 1958 o el Convenio número 117, dedicado a las normas y objetivos básicos de la política social, de 22 de junio de 1962. Bajo los auspicios de la UNESCO, surgida en 1945 con objeto de garantizar el derecho a la educación, la ciencia y la cultura en todo el mundo, se ha firmado junto a otros la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

Existen pactos internacionales con vocación de universalidad como éstos últimos, pero también muchos otros que se circunscriben a espacios geográficos más concretos: Por ejemplo el Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, destinado a favorecer su protección respeto y desarrollo en los países miembros del Consejo de Europa²³, que destacó por haber introducido un sistema de garantías jurisdiccionales mediante la creación del

²³ diciembre de 1948; la Convención relativa al estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951; la Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 28 de septiembre de 1954 o la Convención para la reducción de los casos de apatridia, de 28 de agosto de 1961.

²⁴ En su tratado constitutivo, aprobado en Londres el 5 de mayo de 1949, se vino a decir (Art. 3) que cada Estado miembro "reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales"; pero la plasmación de éstos no aparece en dicho Tratado sino en el Convenio de 4 de noviembre de 1950. Allí se protegen los siguientes derechos: a la vida (Art. 2); a no padecer torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (Art. 3); a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (Art. 4); a la libertad y a la seguridad (Art. 5); a un juicio justo y a la presunción de inocencia (Art. 6); a que la Ley penal no tenga efectos

comunicaciones (que nuestra Constitución recoge en el artículo 18) y aquellos a cuyo través se busca o persigue la protección de su libertad (Arts. 16, 17, 19, 20, 21, 22, 27.1 y 6... CE.) e integridad física (Art. 15 CE.).

Para él también existen unos derechos civiles, pertenecientes al que llama "*status civilis*", que suponen la atribución al particular de una serie de facultades o pretensiones jurídicas frente a los poderes públicos. Son considerados parte de este conjunto: El derecho a una tutela efectiva de los jueces y tribunales (Art. 24.1 CE.), al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a que el sujeto sea informado de cuantas acusaciones se formulen en su contra, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (Art. 24.2 CE.), así como a no ser condenado ni sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (Art. 25.1 CE.). Y otros de carácter político, integrados en el grupo que denomina "*status activae civitatis*", cuya función consiste en permitir que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad del Estado. Entre ellos se encuentra el derecho a la participación política a través de partidos, deducible del artículo 6 de la Constitución o el de sufragio activo y pasivo reconocido en su artículo 23.

Los principales inconvenientes que tal forma de clasificación plantea consisten en que, como todas las demás, fue pensada para un momento histórico en concreto y en que, al tratarse de la última etapa del Estado liberal, no pudieron incluirse en ella los derechos económicos, sociales y culturales, que aparecieron con posterioridad. A fin de solucionar tan lógica carencia la doctrina añadió un nuevo concepto a los que ya existían, el de "*status positivus socialis*", dando así explicación y cabida a éstos modernos bienes jurídicos.

Por el orden cronológico en que han ido apareciendo, se habla de derechos de primera (derechos civiles), de segunda (derechos políticos) y de tercera generación (derechos sociales), añadiendo incluso una cuarta que incorpora los "más recientes" (derecho a un medio ambiente sano, a la objeción de conciencia...)²⁴. En razón del tipo de sujetos ante quienes cabe su ejercicio están los susceptibles de producir efectos frente a los poderes públicos, con respecto a particulares o ante ambos y así podríamos citar muchas otras clasificaciones, pues la naturaleza de los derechos debe observarse y de hecho ha sido analizada desde múltiples perspectivas, pero es probable que ninguna de ellas aporte resultados incuestionables.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES ESPECÍFICOS EN RELACIÓN CON LAS DISCAPACIDADES

3.1. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

Recogido en el artículo 15 de la Constitución junto al que existe a la integridad física y moral, puede decirse que el derecho a la vida no sólo es el primero, sino también quizá el principal de los comprendidos en la Sección I del Capítulo I; puesto que todos lo ejercemos (más correcto sería decir lo poseemos) por el mero hecho de existir y que el bien jurídico protegido a través de él, la vida humana, constituye un requisito necesario para ostentar la titularidad de cualquier otro, ya sea fundamental o no. Personalísimo, individual y universal por excelencia¹, su reconocimiento, de igual manera que sucede con el resto, únicamente adquiere pleno sentido en un contexto social e implica la tácita existencia de un correlativo deber de respeto que afecta a los ciudadanos y poderes públicos (Art. 10.1 CE.).

Dicho carácter básico y trascendental no hace que se trate de un derecho absoluto o ilimitado, pues salvo el que existe *"a no ser sometido a torturas"*² ninguno lo es, pero sí que resulte particularmente

¹ STC. 107/1984, de 23 de noviembre.

² A la prohibición absoluta de infligir torturas reconocida por el Tribunal Constitucional, en Sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, cabe añadir la de aplicar otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pese a que ambas proscripciones forman parte del derecho a la integridad física y moral, ello no significa que éste tenga carácter absoluto en cualquier caso. De hecho existen situaciones, como las intervenciones quirúrgicas, donde una concreta lesión puede estar más que justificada. Marc CARRILLO, El derecho a no ser molestado (información y vida privada), Aranzadi, Navarra 2003, p. 65.

polémico y difícil cualquier intento de delimitación relativo al mismo. En sentencia 53/1985, de 11 de abril, el Tribunal Constitucional, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad relativo a la Ley de despenalización parcial del aborto, tuvo ocasión de pronunciarse al respecto y afirmó que el derecho a la vida, en determinados supuestos, puede y aun debe estar sujeto a limitaciones. Tanto en éste como para el ejercicio de cualquier otro existen límites intrínsecos, derivados de su propia naturaleza y de carácter extrínseco, basados en la coexistencia con los demás sujetos o más concretamente en el fin de preservar otros bienes, valores o derechos. La labor de precisarlos probablemente constituya uno de los retos más difíciles con que se enfrenta la técnica jurídica actualmente.

Debido a esa relatividad y a otros motivos adicionales, hay circunstancias en que las leyes permiten o al menos no castigan la destrucción de vidas humanas; como son las situaciones de legítima defensa, los atentados contra la propia existencia o las actuaciones, con resultado de muerte, donde no existe dolo o culpa por parte de quien o quienes la causan.

Lo que tiene lugar en el primero de estos tres supuestos es un conflicto de valores entre las vidas de agresor y agredido que el derecho resuelve a favor del último, cuya intención no consiste en dañar sino en defenderse. Para que tal situación concorra ha de haberse producido un ataque violento, personal, inminente y no provocado por los que la alegan. La defensa debe además resultar necesaria y los medios utilizados en ella proporcionalmente adecuados para repeler la concreta agresión. Razones de justicia (Art. 1.1 CE.) y de sentido común bastan para justificar el hecho de que nadie quede obligado a permanecer en aptitud pasiva cuando sufre un atentado contra su integridad personal y que sea conforme a derecho cualquier actuación razonable llevada a cabo en legítima defensa.

Sobre el segundo se ha dicho que, a pesar de no haber sido objeto de reconocimiento expreso en ninguna ley, tampoco puede

negarse la existencia de un derecho (el TC. no lo admite) a disponer de la propia vida, ya que la libertad, en tanto que valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, haría legítima cualquier actuación personal, voluntaria y libre destinada a éste fin o que pueda acarrear la muerte como consecuencia no querida, aunque sí conocida por quien la lleve a cabo. Es por ejemplo el caso de las huelgas de hambre, el rechazo de tratamientos médicos vitales según son algunas operaciones y transfusiones de sangre o las conductas suicidas¹.

El Tribunal Constitucional, pese a reconocer que la vida es un bien del que cada persona puede disponer fácticamente², rechaza este argumento. Prefiere afirmar que tal disposición no constituye el ejercicio de ningún derecho, sino *"una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte son actos que la ley no prohíbe y no (...) un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho"*³.

En cuanto hace referencia al tercero, dado que en Derecho penal español la culpabilidad es considerada el fundamento y límite de las penas y también que la justicia aparece como valor superior en el artículo 1.1 CE, cabe concluir que queda excluida cualquier forma imaginable de responsabilidad objetiva y con ella la posibilidad de que alguien sea condenado, errores judiciales a

¹ Carlos M. ROMEO CASABONA, El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Centro de estudios Ramon Arce, Madrid, 1994, p. 95 y ss.

² Obviamente esto no siempre es así. Quien debido a una discapacidad física que padece no cuenta con la posibilidad fáctica de acabar con su propia existencia y, sin ser enfermo terminal, solicita que otros lo hagan no está pidiendo la eutanasia en sentido propio, sino ayuda para un suicidio.

³ STC. 120/1990, de 27 de junio. En términos análogos: SSTC 137/1990, de 19 de julio y 11/1991, de 17 de enero.

parte, sin que haya cometido algún tipo de imprudencia punible o actuado con intención de dañar⁶.

Según ya hemos señalado en páginas precedentes, la enunciación explícita y expresa de los derechos y libertades constitucionales no excluye el reconocimiento de otros que puedan deducirse lógicamente de aquellos⁷ pues, en caso contrario, existiría el riesgo de que llegaran a convertirse en instituciones anacrónicas, ajenas por completo a las nuevas inquietudes que surgen e insuficientes para cubrirlas. Debido a esto junto a los derechos recopilados van apareciendo unos que, a pesar de no formar parte expresamente de la Norma fundamental encuentran su base en ella y guardan relación directa con los allí reconocidos.

Vinculados a los que configuran el artículo 15 CE. están, por ejemplo, el primero de los antes citados (derecho a la legítima defensa), el que pueda existir tanto a la procreación como a la no procreación (en mi opinión no constituye un derecho propiamente dicho sino una nueva manifestación de la libertad humana) y los relacionados con la archiconocida cuestión del aborto. También cabe destacar otro cuyo contenido no resulta fácil de determinar teniendo en cuenta que se trata de una noción intrínsecamente valorativa (lo que para unos es bueno para otros puede no serlo) y que su significado depende de los criterios, inevitablemente subjetivos, de quienes ponderan unas situaciones frente a otras⁸, que en principio se tiene a cierta calidad de vida. Digo "en principio" por que tanto o más difícil que precisar su contenido es garantizarlo equitativamente a todos.

⁶ El artículo 5 del Código Penal comprende el clásico principio de que no deben existir penas sin que haya concurrido dolo o imprudencia y en su artículo 20 se hallan previstas las eximentes o causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad.

⁷ Javier CREMADES, *Los límites de la Libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Madrid, 1995, p. 23.

⁸ Ramón MARTÍN MATEO, "La calidad de vida como valor jurídico", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p.1437 y ss.

Actualmente nadie pone en duda que cualquier persona cuenta con la posibilidad fáctica de decidir libremente si quiere o no tener descendencia, así como de recurrir a los medios precisos, ya sea la esterilización o algún otro método anticonceptivo, para evitarla si así lo desea. Dos importantes aspectos a considerar son que, en el primer supuesto, los miembros del equipo médico que realiza la intervención causan al paciente una serie de lesiones objetivamente muy graves y que su consentimiento expreso es el único elemento necesario para transformar en mero acto de libre disposición algo que, de no haberlo, supondría un enorme atentado contra la integridad personal del sujeto.

Siempre y cuando dicha autorización se haya prestado válidamente, la esterilización de adultos mentalmente sanos no conlleva ningún problema en la práctica, sino que es susceptible de contemplarse como una renuncia expresa a ostentar el derecho a la integridad física en un aspecto predeterminado y muy concreto, amparada en su libertad personal o simplemente como una manifestación más de ésta última. Pero la misma cuestión produce especial interés y cierta polémica cuando se refiere a algunos deficientes mentales, cuya capacidad de entender y querer aparecen seriamente limitadas, ya que la licitud o inimputabilidad de esas lesiones difícilmente podrá basarse en la libre decisión del interesado.

Suele afirmarse que los objetivos perseguidos a través de ella son, ante todo, evitar sufrimientos al propio afectado⁹, que la descendencia nazca con graves anomalías o enfermedades de origen genético y que, al no estar su padre o madre psicológicamente preparados para asumir las responsabilidades propias de tal condición, sean los representantes legales de éstos últimos quienes se vean obligados a hacerlo y con ello a ejercer responsabilidades adicionales que no deberían corresponderles¹⁰.

⁹ STC. 215/1994, de 14 de julio.

¹⁰ En cuanto a la esterilización, tanto voluntaria como de menores e incapaces: Carlos M. ROMEO CASABONA, *Cil*, p. 260 y ss. Con respecto a la de éstos últimos véase la polémica STC. 215/1994, de 14 de julio.

Los derechos fundamentales no son delegables ni éste pretende constituir un supuesto de ejercicio o renuncia por delegación; pues cuando el tutor solicita la esterilización del tutelado lo hace en su propio nombre y con la autorización judicial, requisito necesario para llevarla a cabo, no se busca suplir una libre voluntad que no existe, sino evitar graves daños a él o ella y a terceras personas (normalmente ascendientes o descendientes), lo que a falta de consentimiento sirve como posible justificación, curiosamente basada en los fines perseguidos sin que llegue a adquirir un papel decisivo el bien jurídico lesionado.

La restricción de este aspecto del derecho a la integridad física por razones de incapacidad está sujeta, eso sí, a diversos requisitos formales destinados a garantizar los intereses y derechos del afectado. De hecho el artículo 428.2 del Código Penal sólo entiende que *"no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de graves deficiencias psíquicas cuando aquella haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz"*.

Me abstengo de analizar aquí los problemas que se han suscitado en relación con el tema del aborto, al considerar que su regulación legal vigente atiende en buena medida (todas las leyes cuentan por supuesto con partidarios y detractores) a las necesidades y valores de nuestro tiempo al respecto. El Tribunal Constitucional, en sentencia 53/1985, de 11 de abril, vino a señalar *"que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica (independiente de la madre) va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana"*. *"Dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones"*. Es a partir de

entonces cuando el nasciturus deja de serlo y se convierte en pleno titular de una serie de derechos que anteriormente constituían meras expectativas; sin perjuicio de que su vida fuera de por sí un bien particularmente valioso "que constitucionalmente merece protección"¹¹. Ello implica para el Estado "con carácter general dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma"¹².

Sobre el moderno derecho a cierta calidad de vida, cabe decir que la ambigüedad y quizá excesiva amplitud con que suele utilizarse coloquialmente este concepto se han visto muy delimitadas en el artículo 45.2 de la Constitución; puesto que la obligación recogida allí para los poderes públicos no consiste en proporcionar a cada cual los medios que precise para vivir de una determinada forma, sino en velar "por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva".

Más que un derecho individual lo que este mandato representa es un objetivo a cumplir, un principio o pauta que debe orientar la actuación de aquellos poderes, a corto, medio y largo plazo, para beneficio de las generaciones tanto presentes como futuras. El denominado derecho a vivir con dignidad o a una digna calidad de vida, que no es tal sino uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (Art. 10.1 CE.), no sólo aparece reflejado en el artículo 15 pues impregna todo el Título I. Ya en el preámbulo constitucional figura a modo de proclamación y está ligado a la promoción del progreso cultural y económico.

¹¹ STC. 75/1984, de 27 de junio. Sobre la protección jurídica del concebido pero no nacido en Derecho Civil puede consultarse: Lluís PUIG FERRIOL y otros, Manual de Derecho Civil I (Introducción y derecho de la persona), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 118 y ss.

¹² STC. 212/1996, de 19 de diciembre.

Junto al derecho a la vida e indisolublemente unido a él, el artículo 15 CE. reconoce otro que todos tenemos a la integridad física y moral, así como a no ser torturados en ningún caso, ni sometidos a penas o tratos inhumanos o degradantes, donde a diferencia del anterior el bien jurídico más directamente tutelado no es la existencia del hombre sino la dignidad de la persona humana¹⁵. *"Mediante este derecho a la integridad se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular"*¹⁶.

Mientras que no suele resultar difícil precisar en que momento se producen el inicio y el fin de la vida, ni delimitar las situaciones que han de ser objeto de protección o castigo en base a tal derecho, ello no sucede en cuanto afecta al que aparece en segundo lugar (derecho a la integridad física y moral), cuyo contenido es más abstracto e impreciso. A excepción de los muchos supuestos flagrantes que tristemente no dan lugar a dudas, en ocasiones resulta complicado saber cuando y en que medida existen torturas o malos tratos, sobre todo si tienen carácter psicológico, y donde se encuentra el límite para que una actuación pueda o no considerarse atentatoria contra la integridad personal.

Una de las conductas más graves que afectan a la dignidad humana y quizá la más frecuente desde un punto de vista histórico, como es la tortura, se cita de forma expresa en el artículo 15 CE. que también prohíbe, con carácter general, la práctica de otras *"penas o tratos inhumanos o degradantes"* sin especificar en que consisten.

A nivel supranacional la interdicción de dichos delitos aparece en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos

¹⁵ STC. 120/1990, de 27 de junio.

¹⁶ Acerca de la tortura y otros tratos o penas ilícitos. Rossana GONZÁLEZ GONZÁLEZ, El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes, Universidad de Granada, Granada, 1998.

Humanos, de 10 de diciembre de 1948 y en el 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. Este último precepto describe a la tortura como "todo acto por el que se inflige intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero alguna información o confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche, así como cuando se trate de intimidar o coaccionar a alguien por razones basadas en cualquier tipo de discriminación; siempre que sean causados por un funcionario u otro individuo en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia"¹⁴.

De esta definición y de la referencia a ellos que se ha hecho en nuestro texto constitucional considerándolos una especie de categoría residual, puede extraerse la idea de que son penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes todos aquellos que atentan contra la integridad física y moral de los seres humanos, sin llegar a reunir los requisitos necesarios para constituir delito de tortura.

Concretamente refiriéndose a las penas, en sentencia 65/1986, de 22 de mayo, el TC. dispuso que la calificación de una de ellas como inhumana o degradante dependerá de su ejecución y de las modalidades que revista. Lo será cuando "por su propia naturaleza, acarree sufrimientos de especial intensidad (penas inhumanas) o provoque una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena"¹⁵. La circunstancia de que una concreta medida no se considere constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no obstaculiza la posibilidad de que tenga tal carácter en base a los medios utilizados (STC. 57/1994) o viceversa; de hecho son los tribunales

¹⁴ Tales consideraciones fueron previamente expresadas por el Tribunal para la protección de los Derechos Humanos, en sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.

quienes han de ir resolviendo caso por caso sopesando distintas cuestiones.

Por ejemplo y según señaló el Supremo Intérprete Constitucional con respecto a la polémica cuestión de los presos en huelga de hambre, no cabe calificar como tortura o trato inhumano o degradante la autorización de una intervención médica que, en sí misma, *"no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a producir daños en la integridad de quien sea sometido a ellos sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria (...). En esta actuación médica, ajustada a la lex artis, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación e indignidad"*¹⁷ y el hecho de la coercitividad no supone un factor relevante.

3.2. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Lo que comúnmente suele entenderse por libertad de expresión se concreta en distintas libertades, que han sido objeto de reconocimiento expreso en el artículo 20 CE. Allí aparecen de manera autónoma: el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas u opiniones (Art. 20.1.a CE.), el que existe a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio (Art. 20.1.d CE.), el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (Art. 20.1.b CE.), así como la libertad de cátedra (Art. 20.1.c CE.).

Según reiterada doctrina constitucional, acerca de estas libertades cabe destacar que no sólo constituyen derechos fundamentales de cada ciudadano que salvo excepciones implican para

¹⁷ STC. 120/1990, de 27 de junio.

¹⁸ "Tal como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no ingerencia por parte de los poderes públicos" (STC. 77/1982, de 20 de diciembre).

los poderes públicos la obligación de no interferir¹⁸, sino también fundamentos esenciales de toda sociedad democrática¹⁹ y condición necesaria para que exista una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político²⁰, que a su vez es valor fundamental y por tanto un requisito de funcionamiento del Estado democrático²¹.

*"La libertad de expresión que proclama el Art. 20 en su apartado 1 es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier ingerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley e incluso frente a la propia ley si ésta intentara fijar otros límites distintos de los que la Constitución admite. De este modo, el derecho a comunicar y recibir comunicación veraz y el derecho a comunicar y recibir ideas y opiniones son derechos de libertad frente al poder que hoy que considerar comunes a todos los ciudadanos"*²².

Pero además *"el Art. 20 de la CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública veraz sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática que enuncia el Art. 1 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política"*²³.

¹⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre.

¹⁹ "Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas" (STC 159/1986, de 12 de diciembre).

²⁰ Entre otras muchas: STC 159/1986, de 12 de diciembre y STS, de 15 de noviembre de 2000 (Sala 3ª, Sección 7ª).

²¹ STC 12/1982, de 31 de marzo.

²² STC 6/1981, de 16 de marzo. Existen sobradas razones para considerar que la eficacia de estas libertades trasciende a la común y propia de casi todos los demás derechos. Pueden consultarse al respecto las SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 13/1985, de 21 de enero; 104/1986, de 17 de julio; 159/1986, de 12 de diciembre; 307/1988, de 8 de junio; 121/1989, de 3 de julio o 167/1999, de 25 de octubre.

Aunque entre el contenido de las libertades de expresión e información hay sin duda una conexión íntima, el Tribunal Constitucional ha señalado la existencia de matices o peculiaridades que modulan sus respectivos tratamientos jurídicos, impidiendo que puedan confundirse indiscriminadamente²⁴. Así, la primera de ellas ampara de forma genérica el derecho a difundir toda clase de ideas, pensamientos y opiniones, concepto amplio en que también deben incluirse las creencias y juicios de valor²⁵, públicamente y por cualquier medio²⁶; mientras que la segunda, pese a tener su origen en aquella, se caracteriza por que el objeto a transmitir no es cualquier contenido intelectual sino una noticia verificable y de relevancia pública²⁷.

“El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el Art. 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resul-

²⁴ STC 165/1987, de 27 de octubre.

²⁵ STC. 6/1988, de 21 de enero.

²⁶ La libre expresión y sobre todo una de sus manifestaciones como fue la libertad de imprenta (hoy conocida como de prensa) aparecieron muy tempranamente en nuestro constitucionalismo histórico y su evolución, al igual que sucedió con el resto de los derechos, fue fruto de la compleja y cambiante situación política española. Sobre la misma: Javier CREMADES, Cit. p.5 y ss.

²⁷ Por ejemplo el TC. no ha considerado informaciones ni noticias las narraciones carentes de un fin informativo, como rumores, insidias, insultos y vilipendios (SSTC. 6/1988, de 21 de enero; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 214/1991, de 11 de noviembre; 223/1992, de 14 de diciembre...) y aún poseyendo un fin informativo, tampoco reciben protección constitucional las narraciones difamatorias o falsas. FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO e IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p.27 y ss.

ten innecesarias para la exposición de las mismas” (...). Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivos”¹⁰.

La necesidad de este último requisito aparece directamente recogida en la Constitución (Art. 20.1.d) y la de que el hecho difundido sea de interés común se justifica por suponer un límite necesario frente a las comunicaciones indiscriminadas que vulneren el derecho a la intimidad, cuyo objeto, en última instancia, consiste en preservar la dignidad humana. Algunos de los criterios comúnmente utilizados para comprobar si existe o no relevancia pública son: “el tipo de libertad ejercida, el interés general de la información y la condición pública o privada del afectado”¹¹, que convergen atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso.

El grado de proyección pública que el implicado tenga o de manera regular haya dado a su propia persona, adquiere relevancia debido a la presunción de que quienes se dedican profesionalmente a actividades que persiguen o implican notoriedad aceptan voluntariamente el hecho de recibir ciertas críticas, opiniones o revelaciones que afecten algo a su honor o vida privada, cosa que no suelen realizar los que desarrollan profesiones distintas.

A ello hace referencia, entre otras¹², la STC. 107/1988, de 8 de junio, al considerar que el derecho al honor “se debilita pro-

¹⁰ “La emisión de apelatos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones. Afirmación también válida cuando no se trate de la libertad de información, sino de la de expresión si, en relación con ésta, se trata de la emisión de crítica o juicio propio respecto de los hechos de los que se informa porque tampoco este derecho justifica aquella suerte de juicios” (STC. 200/1996, de 14 de octubre).

¹¹ STC. 105/1990, de 6 de junio.

¹² STC. 167/1999, de 25 de octubre.

¹³ Como las SSTC. 165/1997, de 27 de octubre, 6/1988, de 21 de enero, 171/1990, de 12 de noviembre o 138/1996, de 16 de septiembre.

porcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública. Tales personas están obligadas, por ello, a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática". De hecho el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, indica expresamente que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia"²³.

El derecho a la información alcanza en relación con los personajes públicos "su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos"²⁴.

"Quien malbarate estos derechos, o no sea celoso custodio de los mismos, no podrá ser acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, mientras no se demuestre lo contrario, en relación con sus propias pautas de comportamiento"²⁴. Pero "cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información, existe un límite insalvable impunemente"²⁵. No cabe

²³ El artículo 8.2.b comprende, entre los supuestos que no deben considerarse intromisiones ilegítimas contra la propia imagen, la utilización de caricaturas de personas que ejerzan algún cargo público o profesional de notoriedad o proyección pública "de acuerdo con el uso social".

²⁴ STC. 171/1990, de 12 de noviembre.

²⁵ STS. de 13 de noviembre de 1990.

dados de que la emisión de apellidos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas, teniendo en cuenta que la CE. no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el Art. 10.1 del Texto Fundamental"²⁶.

La legitimación de intromisiones en el honor e intimidad personal requiere además "que el asunto de que se informa tenga interés general, pues, en otro caso, el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para atentar abusivamente y sin límite alguno contra el honor y la intimidad de las personas mediante expresiones y valoraciones injustificadas por carecer de valor para la formación de la opinión pública sobre el asunto de que se informa. La posición preferente del derecho de información no significa, pues, dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por aquella, que sólo han de sacrificarse en la medida en que ello resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el Art. 20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC. 171/1990)"²⁷.

Tampoco el requisito de la veracidad actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos²⁸, ni conlleva la exigencia de que los hechos o expresiones difundidos sean rigurosamente ciertos. Dado que frecuentemente la verdad es relativa o imposible de garantizar, basta con que el profesional actúe de buena fe y observe una razonable diligencia en su comprobación. Nuestro

²⁶ "las personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o las que poseen relieve político, ciertamente se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático. Pero, como ha declarado este Tribunal, ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el Art. 18.1 CE. garantiza (SSTC 190/1992, F3 y 185/1990, F6)" (STC. 17/1997, de 13 de enero).

²⁷ STC. 187/1999, de 25 de octubre. En el mismo sentido: STC. 105/1990, de 6 de junio.

²⁸ STC. 138/1996, de 16 de septiembre.

²⁹ STC. 172/1990, de 12 de noviembre.

ordenamiento jurídico no tutela las conductas negligentes y menos aún aquellas que comunican como hechos ciertos simples rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas; pero sí la información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su total exactitud sea controvertible, puesto que las afirmaciones erróneas resultan inevitables en un debate libre⁸.

*"Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado"*⁹.

"El concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (SSTC. 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994 y 139/1995). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística (SSTC. 219/1992, F.5 y 240/1992, F.7) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC. 240/1992, F.7). El nivel de diligencia exigible adquirirá "su máxima intensidad", en primer lugar, "cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere" (SSTC. 240/1992, F.7 y 178/1993, F.5), criterio al que se añade, en su caso, (...) el del respeto al

⁸ "Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio" (STC. 6/1988, de 21 de enero).

⁹ STC. 52/1996, de 26 de marzo. El párrafo aquí transcrito reproduce casi literalmente otro de la STC. 6/1988, de 21 de enero.

derecho de todos a la presunción de inocencia (STC. 219/1992, F.5) y (...) el de la "trascendencia de la información"⁴⁴.

Además no conviene olvidar que "en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende casi siempre algún elemento valorativo u, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión"⁴⁵, aunque no haya sido introducida deliberadamente. "Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante"⁴⁶.

"El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica"⁴⁷. En efecto estos últimos constituyen sus principales sujetos activos, incluso gozan de un tratamiento especial comprendido en el artículo 20 CE⁴⁸; pero también transmiten informaciones, por

⁴⁴ STC. 173/1995, de 21 de noviembre.

⁴⁵ STC. 6/1988, de 21 de enero. Esta idea reaparece años más tarde en la STC 260/1996, de 14 de octubre, que cita al respecto las SSTC. 390/1992, de 16 de noviembre y 136/1994, de 9 de mayo.

⁴⁶ STC. 105/1990, de 6 de junio.

⁴⁷ STC. 6/1981, de 16 de marzo. "El derecho a recibir es restringir una redundancia (o la comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impedir cualquier perturbación de la libre comunicación social" (STC. 6/1981, de 16 de marzo).

⁴⁸ Como complementos o garantías de la libre información, en el artículo 28.1.d) CE se reconocen los derechos al secreto profesional y a la cláusula de conciencia, mientras que en el 26.2 queda prohibido cualquier tipo de censura previa.

ejemplo: algunas organizaciones no gubernamentales y empresas al promocionar su actividad, las asociaciones que periódicamente rinden cuentas a sus asociados, ciertas instituciones que elaboran informes sobre materias concretas...

El derecho subjetivo a producir o crear en los ámbitos literario, artístico, científico y técnico (Art. 20.1.b CE.) supone una concreción de la libre expresión, especificada por su objeto como sucede con el resto de las libertades comprendidas en el artículo 20 CE. Mediante él se protege la creación de productos intelectuales, que es susceptible de llevarse a cabo a través de dos figuras jurídicas distintas: el derecho de creación intelectual, cuyo contenido resulta inmaterial y consiste en la potencialidad creadora de cada individuo, así como el de producción intelectual o derecho de autor, que afecta a la obra consumada* y tiene cierto componente moral pero sobre todo económico.

La libertad de cátedra, constitucionalizada en el artículo 20.1.c, configura un derecho propio de los profesionales de la docencia, vinculado a la creación científica e investigadora, que pretende ser garantía del buen funcionamiento de todo el proceso educativo. Su nacimiento y posterior desarrollo tuvieron lugar en torno a las universidades, pero hubo un momento en que, con alcance más restringido, el Tribunal Constitucional juzgó conveniente extenderlo a los niveles de enseñanza no universitaria. Consideró y sigue sosteniendo que en ellos han de existir limitaciones adicionales, derivadas del mayor condicionamiento a que está sometida la actividad docente y de la necesidad de hacer compatible esa libertad con otros bienes o derechos constitucionales,

* Gregorio RODRÍGUEZ MOURULLO, "Libertad de expresión y derecho al honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos", en Estudios sobre la Constitución española, Cit, p.893 y ss. Juan José GONZÁLEZ RIVAS, Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los Derechos fundamentales, Comares, Granada, 1992, p.150 y ss.

* Al respecto: STC. 5/1981, de 13 de febrero.

según son el principio de neutralidad de la enseñanza pública y el respeto al carácter propio del centro en la privada⁴⁷.

Normalmente dicha libertad se ejerce ante los poderes públicos aunque es también alegable frente a terceros⁴⁸. Consiste en la posibilidad de expresar esas ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia impartida⁴⁹; traduciéndose así mismo en una habilitación con que tales profesionales cuentan para resistirse a cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada; sin olvidar que resulta necesaria cierta organización a fin de que la docencia y la investigación puedan llevarse a cabo eficazmente.

3.2.1. Derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites a la libre expresión

De conformidad con la tan citada idea de que unos derechos acaban cuando y donde empiezan otros ajenos⁵⁰, los comprendidos en el artículo 20.1 C.E. encuentran su límite expreso⁵¹ en el respeto a los reconocidos en todo el Título I, en esos preceptos de las leyes

⁴⁷ Blanca LOZANO. La libertad de cátedra, Marcial Pons, Madrid, 1995, p.13 y ss.

⁴⁸ STC 217/1992, de 1 de diciembre.

⁴⁹ Como sucede con los demás fundamentales, "el derecho a comunicar y a emitir libremente información no es un derecho absoluto (STC. 254/1986) (...). Al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección" (STC 138/1991, de 16 de septiembre).

⁵⁰ Pero estos límites no son los únicos, incluso "existen ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución" (STC. 22/1984, de 17 de febrero). El TC. ha considerado límites la dignidad de ciertas colectividades (STC. 214/1991, de 11 de noviembre), la moral (STC. 62/1982, de 15 de octubre), la fidelidad a las instituciones democráticas (55TC. 51/1985, de 10 de abril y 107/1988, de 8 de junio), la buena fe contractual (STC. 6/1988, de 21 de enero) o el respeto a la autoridad e imparcialidad de los órganos judiciales (STC. 96/1998, de 2 de marzo).

que los desarrollan y muy especialmente en el derecho al honor²², a la intimidad personal y familiar (aspecto interno de la libertad)²³, a la propia imagen, así como a la protección de la juventud y de la infancia (Art. 20.4 CE.)²⁴.

Dado que todos estos bienes se interrelacionan y confunden constantemente, adquiere especial relevancia la interpretación jurisprudencial que tenga lugar en cada supuesto, para determinar cual sea el derecho prevalente. De los órganos jurisdiccionales no sólo se requiere que ponderen los ámbitos donde éstos colisionan, sino además que realicen la comparación conforme a su propia configuración constitucional y a las leyes que los desarrollan, respetando siempre el contenido esencial²⁵ de ambos y las interpreta-

²² "En lo que se refiere al derecho al honor, y su relación con el derecho de información veraz, ciertamente los preceptos del Código Penal conceden una amplia protección a la buena fama y honor de las personas y a la dignidad de las instituciones, mediante la tipificación de los delitos de injurias, calumnias o desacato, en sus diversas variantes; y no es menos cierto que tal protección responde a valores constitucionalmente consagrados, vinculados a la dignidad de la persona y a la seguridad pública y defensa del orden constitucional" (STC. 105/1990, de 6 de junio). Al respecto: Santiago MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 11 y ss.

²³ Ricardo RIVERO ORTEGA, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, p.121.

²⁴ El honor e intimidad de las personas se encuentran muy presentes en nuestro sistema jurídico. Además de constituir derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y aparecer en otros preceptos del mismo texto (Arts. 55.1 y 2 y 105.2) se hallan presentes en diversos documentos internacionales; como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 17) o el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Arts. 8.1 y 10).

²⁵ En un temprano intento de aproximarse a la idea de contenido esencial y por tanto límite inquebrantable de cada uno de los derechos, el TC. (STC. 11/1981, de 8 de abril) consideró como tal a aquella parte del mismo absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten "real, concreta y efectivamente protegidos". De este modo, se rebasa o desconoce cuando el derecho "queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

ciones anteriormente expresadas por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto⁷⁶.

Afirmar que la libre expresión termina donde comienza el honor o la intimidad de otras personas supone decir muy poco, ya que una misma actuación resultará o no atentatoria contra esos derechos dependiendo de tres variantes: las circunstancias que la rodean, la intencionalidad del sujeto emisor y el daño realmente infligido a su destinatario.

La Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que regula conjuntamente la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, hace referencia a ellos en singular (Art. 1.1), pudiendo así dar a entender que se trata de un único derecho que engloba varias manifestaciones o modalidades complementarias, lo cual afirma parte de la doctrina⁷⁷. En mi opinión los de honor, intimidad e imagen conforman tres conceptos distintos que dan lugar a otros tantos derechos fundamentales, por difusa que en ocasiones pueda resultar la línea divisoria entre ellos.

Al constituirse en bienes jurídicos de la personalidad⁷⁸, los tres son irrenunciables, inalienables, intransmisibles, indisponibles y extrapatrimoniales, aunque con ciertas matizaciones desde que entró en vigor la citada Ley. Los ciudadanos cuentan con la facultad de disponer de parcelas concretas de tales derechos, ya sea por

⁷⁶ STC 20/1992, de 14 de febrero.

⁷⁷ Varios argumentos contra esta teoría han sido expuestos por Pablo LLUCAS MURILLO, *Cit.*, p.76 y ss.

⁷⁸ De la personalidad pueden ser considerados "aquellos derechos que atribuyen el goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos esenciales de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad, o simplemente el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros está unido indisolublemente; algo así como el derecho de la persona a ser fin en sí misma y a afirmarse y desarrollarse como tal". Fernando HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, p. 49.

dinero u otros motivos, pero no del bien jurídico en sí⁵⁹, pues nadie puede renunciar con eficacia y de manera perpetua a proteger su intimidad o su honor, por mucho que fraccionada y periódicamente transmita derechos sobre los mismos a quienes y cuando quiera.

El honor, que constituye un concepto jurídico indeterminado⁶⁰, puede definirse como un nexo entre los ideales de una concreta sociedad (la idea que se tiene de él varía mucho según la época, el lugar y el entorno socio-cultural de que se trate) y su reproducción en cada individuo, por lo que la plena realización de este derecho se produce siempre dentro de un grupo⁶¹. Pero el Tribunal Constitucional no adopta como punto de partida esta o cualquier otra descripción, sino que ha preferido ir delimitando su significado negativamente. En vez de definirlo de manera directa lo hace citando aspectos que resultan lesivos al mismo, como son las expresiones proferidas *"en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público de afrentosas"*⁶².

⁵⁹ El derecho a la intimidad personal y familiar de famosos y celebridades sigue existiendo sobre aquellos aspectos de su vida privada que, por propia decisión, queden eventos del conocimiento general y carezcan de interés público. Así lo han manifestado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Decisión de 13 de mayo de 2003) y el Tribunal Constitucional Español: SSTC. 115/2000, de 5 de mayo y 186/2001, de 17 de septiembre.

⁶⁰ La STC. 139/1995, de 26 de septiembre, puso de relieve que "no existe positivizado, lo que facilitaría el camino, un concepto de "derecho al honor", ni en la Constitución ni en ninguna otra ley. Este Tribunal se ha referido expresamente a la imposibilidad de encontrar una definición del mismo en el propio ordenamiento jurídico (STC. 223/1992). Se trata de un concepto dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC. 185/1989), que encaja sin dificultad, por tanto, en la categoría jurídica conocida de conceptos jurídicos indeterminados (STC. 223/1992)".

⁶¹ Manuel DE COSSIO, *Derecho al honor, técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 1993, p.37 y ss.

⁶² STC. 187/1999, de 25 de octubre. A diferencia de lo que ocurre con el honor, los restantes párrafos del artículo 18 CE, realizan una concreción inicial de en que consiste la intimidad personal y familiar, al garantizar la inviolabilidad del domicilio (P. 2), así como el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas o telefónicas (P. 3) y establecer la limitación del uso de la informática (P. 4). Carlos LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil (Tomo I)*, Trivium, Madrid, 2000, p. 233.

Los ataques al honor se desenvuelven tanto en el ámbito personal y familiar como en el socio-profesional⁶¹, careciendo de importancia el hecho de si la noticia difundida resulta verdadera o falsa, siempre que inexcusablemente haga desmerecer del público aprecio⁶². Recordemos que lo mismo se difama mediante la divulgación de actos, vicios o defectos falsos que si son verdaderos no conocidos.

Es un derecho que cada cual ostenta a su dignidad o a sentirse respetado ante sí mismo y ante los demás⁶³, que se adquiere desde el nacimiento y cuyos efectos no necesariamente acaban con la muerte como sucede con otros bienes de la personalidad, pues la memoria supone una prolongación de la persona física que debe ser tutelada por el derecho. El Tribunal Constitucional ha negado que su titularidad pueda extenderse a las personas fallecidas⁶⁴, pero en determinadas circunstancias los herederos de éstas están facultados para emprender acciones legales contra quienes revelen datos que perjudiquen su imagen pública.

Ello es debido a que *"la difamación no se detiene en el sujeto pasivo de la imputación, sino que alcanza también a aquellas personas de su ámbito familiar con las que guarda una estrecha relación. Como afirmábamos en la STC. 231/1988, "no cabe duda que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos, tienen normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad"* (Fj. 4)⁶⁵.

⁶¹ SSTC. 171/1990, de 12 de noviembre. 40/1992, de 30 de marzo.

⁶² SSTS. de 22 de octubre de 1987 y de 30 de marzo de 1989.

⁶³ Distintas concepciones del honor en: Eduardo ESTRADA ALONSO, El Derecho al honor en la LC 1/1982, de 5 de mayo, Civitas, Madrid, 1988, p.21 y ss.

⁶⁴ STC. 231/1988, de 2 de diciembre.

⁶⁵ Según continúa diciendo el Tribunal Constitucional en este párrafo, "no debe dejarse tampoco en el olvido que, conforme posibilita el Art. 20.4 CE, y en el marco de los principios y valores que informan nuestra Norma Fundamental, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, establece que la memoria de una persona fallecida puede limitar el derecho a la comunicación de información veraz" (STC. 190/1996, de 25 de noviembre).

*"El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental"*⁶⁶.

Al estar referido a personas individualmente consideradas, cabe pensar que este derecho tampoco corresponde a las de carácter jurídico-privado sino a sus miembros, si bien tal suposición no ha sido unánimemente aceptada por la doctrina⁶⁷.

Suelen considerarse elementos constitutivos del honor: la referencia de un modelo social determinado, el concepto que cada ser humano posee de sí mismo, el que los demás tienen de él, aquél que considera que tienen y el grado de difusión del hecho atentatorio. Se trata de un término cuyo significado cambia, siendo en definitiva *"dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento"* (STC. 185/1989). Ahora bien, cualesquiera que fueren éstos y siempre en relación con ellos la divulgación de cualesquiera expresiones o hechos concernientes a una persona que la difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación o buen nombre (Art. 7.3 y 7 LO 1/1982) ha de ser calificada como *intromisión ilegítima en el ámbito de protección del derecho al honor*⁶⁸.

⁶⁶ STC. 107/1988, de 8 de junio. "Con posterioridad a esta STC. 107/1988, en la que se considera el honor de una persona jurídico-pública, la STC. 51/1989 trata del honor de una institución y la STC. 121/1989 de una clase determinada del Estado" (STC. 139/1995, de 26 de septiembre).

⁶⁷ STC 214/1991, de 11 de noviembre. La idea de que las personas jurídico-privadas tienen derecho al honor es defendida, entre otros, por Manuel Ignacio FELIÚ REY, *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁶⁸ STC. 187/1999, de 25 de octubre.

Las nociones de honor e intimidad no se superponen ni coinciden, simplemente pueden estar interrelacionadas, de manera que no siempre la violación de la intimidad supone descrédito o infravaloración del honor, ni los ataques a éste han de afectar necesariamente a la esfera privada⁷¹. Suele llamarse Intimidad, si bien vuelve a tratarse de un concepto jurídico indeterminado⁷², a aquella parte de la vida humana que se pretende vivir en soledad o compartida con unos pocos escogidos, frente a todos los demás, consistente en hacer algo privado, hacer algo en privado o controlar el uso y difusión de los datos personales⁷³.

Como sucede con el honor⁷⁴, el derecho a la intimidad personal del Art. 18 CE. está estrictamente vinculado a la dignidad de la persona que reconoce el Art. 10 CE; pero a diferencia de aquél implica *"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana"*⁷⁵.

Dicha noción engloba a todos los hechos relacionados con la vida personal (creencias, recuerdos, salud, sexualidad...), familiar (relaciones y circunstancias conyugales, fraternales, paterno-filiares...) y profesional (remuneraciones, cotizaciones a la Seguridad Social...) de los seres humanos cuyo conocimiento público pueda ofenderles o perjudicarles⁷⁶. Para vulnerarla no tienen por que

⁷¹ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *El Derecho fundamental al honor*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 1992, p.25.

⁷² "La delimitación de la esfera de la intimidad es eminentemente relativa y ha de ser el juzgador quien, en referencia a cada persona y atento a las circunstancias del caso, prudentemente, delimite el ámbito digno de la protección" (STS. de 4 de noviembre de 1986).

⁷³ Luis M. FARIÑAS MATONL, *El Derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p.357.

⁷⁴ STC. 139/1995, de 26 de septiembre.

⁷⁵ SSTC. 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre.

⁷⁶ "Pero el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar" (STC. 197/1991, de 17 de octubre). En el mismo sentido: STC. 231/1988, de 2 de diciembre.

resultar ilícitos o humillantes, bastando con que el interesado desee que no se conozcan⁷⁷.

Tampoco el criterio de su veracidad permite valorar la legitimidad de intromisiones en esta esfera *"sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa"*⁷⁸.

Al igual que sucede con el resto, *"el derecho a la intimidad no es absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (STC. 57/1994, F.5^o)"*⁷⁹. Según reza el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, *"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia este prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás"*.

Tradicionalmente se han considerado atentatorios contra este aspecto de la vida humana: la observación ocular de otras personas en determinadas circunstancias o aptitudes, el allanamiento de

⁷⁷ Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en *Libertad de expresión y Derecho penal* (Cord. Manuel COBO DEL ROSAL), Edersa, Madrid, 1985, p. 205 y ss.

⁷⁸ STC. 172/1990, de 12 de noviembre. En términos análogos; STC. 197/1991, de 17 de octubre. Este Tribunal recuerda que "tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión" (STC. 20/1992, de 14 de febrero).

⁷⁹ STC. 143/1994, de 9 de mayo.

morada, la acción de interceptar comunicaciones telefónicas y postales o la difusión de datos relativos a la sanidad personal, convicciones religiosas o morales, vida familiar y afectiva... , confidencialmente obtenidos por desempeñar un puesto de trabajo⁶; pero no siempre cuando su revelación obedezca a la necesidad de salvaguardar otros intereses legal y constitucionalmente legítimos. El derecho a la intimidad personal y familiar puede verse limitado por razones de interés general, buscando muy especialmente la protección de otros bienes como la salud colectiva, la seguridad ciudadana o el reparto equitativo de los gastos públicos⁷, pero esto sólo sucede en ocasiones. Según dispuso el artículo 7º de la Ley Orgánica del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y a la Propia Imagen, son intrusiones ilegítimas:

El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haya uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que el respeto de la vida privada frente a cualquier intrusión ajena engloba aspectos como: la integridad física y moral (STEDH. de 28 de marzo de 1985), la confidencialidad de datos sobre la salud (STEDH. de 25 de febrero de 1997), la garantía frente al almacenamiento, registro y comunicación de datos personales (STEDH. de 4 de mayo de 2000), etc.

⁷ Sobre la posibilidad de que Hacienda investigue las cuentas y operaciones bancarias de particulares con fines estrictamente tributarios: José Ramón RUIZ GARCÍA, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid, 1988, p. 45 y ss.

La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

A raíz de los grandes avances tecnológicos e informáticos, han ido apareciendo nuevos peligros potenciales que el derecho pretende atenuar y una forma cada vez más flexible de entender la vida privada. El problema no es tanto la informatización de datos personales como las interconexiones no autorizadas que suelen producirse entre ellos y su uso para fines distintos a los inicialmente previstos, sin consentimiento alguno del más directamente implicado.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, *"las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el Art. 18 CE, y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos"* Si *"el derecho fundamental a la intimidad puede justificar en determinados casos que un ciudadano se niegue a suministrar a las autoridades determinados datos personales, no se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos, y aún ilegales o fraudulentos o incluso a que esos datos personales que tiene derecho a negar a la Administración sean suministrados por terceros no autorizados para ello"*⁶⁶⁶.

Dado su reciente origen, la preocupación por estas cuestiones en nuestro sistema jurídico, como ha sucedido en otras, es relativamente nueva. Concretamente el Convenio Europeo para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁵², aprobado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, fue ratificado por España en 1984 y a través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal, basada en la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación⁵³, se ha buscado dar respuesta a las cuestiones derivadas de esta problemática.

"Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el Art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la int-

⁵² STC 254/1993, de 20 de julio. Una panorámica global del derecho a la intimidad y los potenciales peligros derivados del manejo informático de datos personales en: José BERMEJO VERA, Premisas jurídicas de la intimidad personal y de la protección de los datos en el derecho español, en Libro homenaje al profesor VIIJAR PALASÍ, Civitas, Madrid, 1989, p. 143 y ss.

⁵³ "Las dos primeras letras del Art. 8 del Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales sujeta efecto directo, o en su caso interpretativo, en relación con los derechos fundamentales que anuncia el Art. 18 de la Constitución. Dicho Convenio tiene como fin garantizar a toda persona física el respeto de sus derechos y libertades fundamentales, y en especial de su derecho a la vida privada, respecto al tratamiento automatizado de sus datos personales (Art. 1)" (STC. 254/1993, de 20 de julio).

⁵⁴ A nivel europeo la regulación básica de esta protección se materializa en dos directivas. La 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, "relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos" (DOCE, L 23-11-95) y la 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, "relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones" (DOCE, L 24, 30-1-98).

midad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto⁹⁸.

El derecho a la propia imagen es colindante con los que las personas tienen a su honor e intimidad⁹⁹, incluso puede decirse que forma parte de ambos puesto que asta fechas muy recientes la Jurisprudencia no los ha separado. El Tribunal Supremo, al entender que consiste en la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y por ende, de evitar su reproducción¹⁰⁰, afirma que este derecho protege únicamente frente a las representaciones gráficas de la figura humana no autorizadas, mediante algún procedimiento mecánico o técnico de reproducción. Quedan fuera, aunque también forman parte de la imagen en sentido amplio, otros aspectos como la moralidad, profesionalidad... que más directamente conectan y se confunden con el honor.

Este derecho salvaguarda el interés de cada persona en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, instrumento básico de identificación y proyección exterior imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. *"La captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél¹⁰¹.*

"En esta línea, la Ley Orgánica 1/1982 (Arts. 2 en conexión con el 7, apartados 5 y 6, y Art. 8.2) estructura los límites del derecho a la pro-

⁹⁸ STC. 170/1987, de 30 de octubre.

⁹⁹ "Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el Art. 18 CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el Art. 10 CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC. 231/1988, de 2 de diciembre).

¹⁰⁰ STS. de 11 de abril de 1987.

propia imagen en tanto a dos ejes: la esfera reservada que la propia persona haya salvaguardado para sí y su familia conforme a los usos sociales; y, de otra parte, la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que ésta participa, como protagonista o como elemento accesorio, siendo ésta una excepción a la regla general citada en primer lugar, que hace correr paralelo el derecho a la propia imagen con la esfera privada guardada para sí por su titular. No puede deducirse del Art. 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permitir en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda. Deben apreciarse, en este caso como en todos los de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes⁴⁰.

Los derechos fundamentales no son jerarquizables entre sí, pese a que de lo dispuesto en los artículos 18 y 20.4 CE, algunos autores, incluso los Tribunales Constitucional⁴¹ y Supremo⁴² en un

⁴⁰ STC 99/1994.

⁴¹ STC 99/1994, de 11 de abril.

⁴² En Sentencia 106/1986, de 24 de julio, este Tribunal dispuso que "dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional desnaturalizado ni incorrectamente relativizado" (SSTC. 105/1986, de 24 de julio y 159/1986, de 12 de diciembre) Pueden consultarse además las SSTC. 6/1981, de 16 de marzo; 16/1983, de 10 de marzo y 13/1985, de 21 de enero.

⁴³ Por ejemplo, en Sentencia de 28 de octubre de 1988, la Sala 1ª de dicho Tribunal vino a decir que "nadie puede alegarse una intromisión en estos derechos fundamentales recurriendo al derecho de información cuando es lo cierto que, conforme a las múltiples y reiteradas declaraciones jurisprudenciales, éste ha de quedar subordinado a aquel principio constitucional consagrado en el Art. 20.1". Al respecto: Juan José GARCÍA FERRER, *El Político, su honor y vida privada*, Edisofer S.L., Madrid, 1998, p. 45 y ss.

primer momento y no de forma continuada, hayan podido deducir la primacía del honor, la intimidad personal o familiar, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia sobre la libertad de expresión e información cuando colisionan. Se ha defendido esta idea teniendo en cuenta el orden en que aparecen constitucionalmente reconocidos y sobre todo la circunstancia de que el artículo 18 CE. no menciona expresamente los límites de dichos bienes jurídicos, mientras que en el 20 se configura la libre expresión como sometida a específicas limitaciones.

A partir de su célebre Sentencia 104/1986, de 17 de julio, el Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente la tesis de que estos derechos no son jerarquizables en ningún sentido. *"Cuando del ejercicio de la libertad de opinión (Art. 20.1.a)) y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión (Art. 20.1.d)) resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otros"*.

Pese a que entre estos derechos no existen líneas divisorias concretas que permitan calificar cuando una información, manifestación o actividad de otro tipo supera los límites de los derechos ajenos y que sólo la jurisprudencia, considerando algunas pautas que prevé el legislador, puede establecer dicha prioridad; la Ley Orgánica 1/1982 (Art. 8), asumió junto a otros el criterio de que si concurre un interés histórico, científico o cultural relevante predomina la información sobre el honor agredido, así como cuando las actuaciones hayan sido autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley. Además el 8.3 contempla varios supuestos en que la reproducción de imágenes humanas no vulnera el derecho a la misma.

El derecho al secreto profesional (Arts. 20.1 d y 24.2 CE.)⁶², que corresponde principalmente a los abogados, procuradores, periodistas, médicos, funcionarios y sacerdotes, supone para todos ellos la garantía de que podrán cumplir el deber correlativo, específico y adicional, de preservar la intimidad de quienes les confían secretos por razón de su trabajo; pero no están obligados a guardar silencio sobre cualquier confidencia que les sea realizada, sino sólo en cuanto a las que tengan carácter necesario. La figura jurídica en cuestión está pensada con el fin primordial de salvaguardar la intimidad personal frente a la necesidad o voluntad de comunicar, aunque existen otros motivos como el interés público (la gente sólo confía en estos profesionales si sabe que guardan los secretos), que revierte en beneficio suyo, de sus clientes y de toda la comunidad⁶³.

3.2.2. Honor e intimidad en los informes sobre minusvalías

Ciertamente quienes padecen algún tipo de discapacidad cuentan con los mismos medios para proteger sus derechos al honor e intimidad personal o familiar que el resto de los ciudadanos, pero a diferencia de ellos pueden verse afectados por un peligro adicional que a menudo parece olvidarse. Cuando solicitan ayudas sociales, trabajar en algunas empresas o simplemente participar en oposiciones y concursos, su petición debe ir acompañada en ocasiones por un informe relativo a la incapacidad que sufren, procedente del órgano que custodia el expediente relativo a su minusvalía.

Siempre que el propio interesado, o su representante legal si no tiene capacidad mental suficiente para entender y querer, sea quien solicita y recibe el dictamen aportándolo a la entidad

⁶² Entre otros: José María MICHAVILA NUÑEZ, "El derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: Una visión unitaria de la institución", en *Estudios sobre la Constitución española*, Cat. p.1415 y ss. o Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *El secreto profesional de los informadores*, Temes, Madrid, 1990.

⁶³ Entre otras: SSTC 143/1991, de 1 de julio y 15/1993, de 18 de enero.

parte, sin que haya cometido algún tipo de imprudencia punible o actuado con intención de dañar⁶.

Según ya hemos señalado en páginas precedentes, la enunciación explícita y expresa de los derechos y libertades constitucionales no excluye el reconocimiento de otros que puedan deducirse lógicamente de aquellos⁷ pues, en caso contrario, existiría el riesgo de que llegaran a convertirse en instituciones anacrónicas, ajenas por completo a las nuevas inquietudes que surgen e insuficientes para cubrirlas. Debido a esto junto a los derechos recopilados van apareciendo unos que, a pesar de no formar parte expresamente de la Norma fundamental encuentran su base en ella y guardan relación directa con los allí reconocidos.

Vinculados a los que configuran el artículo 15 CE. están, por ejemplo, el primero de los antes citados (derecho a la legítima defensa), el que pueda existir tanto a la procreación como a la no procreación (en mi opinión no constituye un derecho propiamente dicho sino una nueva manifestación de la libertad humana) y los relacionados con la archiconocida cuestión del aborto. También cabe destacar otro cuyo contenido no resulta fácil de determinar teniendo en cuenta que se trata de una noción intrínsecamente valorativa (lo que para unos es bueno para otros puede no serlo) y que su significado depende de los criterios, inevitablemente subjetivos, de quienes ponderan unas situaciones frente a otras⁸, que en principio se tiene a cierta calidad de vida. Digo "en principio" por que tanto o más difícil que precisar su contenido es garantizarlo equitativamente a todos.

⁶ El artículo 5 del Código Penal comprende el clásico principio de que no deben existir penas sin que haya concurrido dolo o imprudencia y en su artículo 20 se hallan previstas las eximentes o causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad.

⁷ Javier CREMADES, *Los límites de la Libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Madrid, 1995, p. 23.

⁸ Ramón MARTÍN MATEO, "La calidad de vida como valor jurídico", en *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p.1437 y ss.

de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años" a "el profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulga los secretos de otra persona"⁴. Mientras que el 7.1.b) del Reglamento de régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado⁵, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, considera falta grave "la emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave".

⁴ "Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal" (Art. 201.1 CP).

⁵ "Las disposiciones del presente Reglamento tendrán carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación" (Art. 3 RDPAE.).

4. EL PRINCIPIO-DERECHO DE IGUALDAD EN EL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

4.1. CONCEPTO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD

Dos de los múltiples aspectos que al menos a primera vista cabe destacar de este concepto, en su formulación constitucional, son el hecho de que admite varias acepciones distintas pero interrelacionadas, así como que el propio texto hace referencia a él en preceptos de contenido muy diverso.

La noción de igualdad tiene un carácter natural y abstracto que se materializa en bienes jurídicos más concretos: En el artículo 1.1 CE. es considerada, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político, un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico; en el 9.2 se atribuye a los poderes públicos la misión de promover las condiciones para hacerla real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, al igual que facilitando la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social; el artículo 14 consagra la igualdad de los españoles ante la ley, proscribiendo todas las discriminaciones por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social; mientras que el 23.2 pretende garantizarla en el acceso a las funciones y cargos públicos.

Dentro de la Sección II del Capítulo II del Título I, el artículo 31.1 propugna un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad; el 32.1 consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio en igualdad de

condiciones; el 35.1 prohíbe expresamente las discriminaciones por razón de sexo en el ámbito laboral y el 39.2 establece la igualdad entre los hijos con independencia de su filiación. Analizando el Título VIII, aparece de nuevo en el artículo 139.1, relativo a la igualdad de los españoles por razón del territorio¹ y en el 149, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales².

Tras todas estas menciones, según advierte GARRIDO FALLA, subyace una idea central idéntica que responde principalmente a la búsqueda y consecución de paridad en el tratamiento de la dignidad humana, lo que implica equivalencia en cuanto se refiere al disfrute de los derechos fundamentales³. Las alusiones a ella en algunos preceptos del Título I y no en todos puede deberse a que, si bien se trata de un valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1 CE.) que como tal afecta sin distinción a cada derecho, en ocasiones resulta particularmente vulnerable, optando el legislador constituyente por citarla de forma expresa a modo de garantía adicional, haciendo así hincapié en su vital importancia con respecto a los mismos.

Es un principio o derecho relacional⁴, puesto que aparece siempre en relación con otros bienes jurídicos⁵ y todavía hoy no

¹ El principio de igualdad territorial se manifiesta en dos planos distintos: Uno con respecto a los Estatutos de autonomía, pues el artículo 138.2 establece que "las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrá implicar, en ningún caso, privilegios económicos y sociales" y otro orientado a corregir las desigualdades que pueda traer consigo la nueva división territorial, dado que "todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional" (Art. 139.1 CE.).

² Con respecto a la igualdad territorial de derechos puede consultarse: Juan PEMÁN GAVÍN, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Civitas, Madrid, 1992, p. 129 y ss; así como, entre otras muchas, la STC. 6/1982, de 22 de febrero.

³ Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 271 y ss.

daja de suponer un concepto cuya precisión provoca amplias polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Al no existir ningún criterio general que la defina o sirva de medida objetiva para saber que es ser igual o desigual en cualquier supuesto, la noción de igualdad no puede calificar una característica inherente a los individuos sino un aspecto de las relaciones entre varias personas⁸. Constituye un concepto relativo que implica cierto juicio de equiparación entre una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado ámbito, aún admitiendo su disparidad en otros.

Según dispuso el Tribunal Constitucional en sentencia 168/1986, de 9 de junio, siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹, "todo juicio de igualdad requiere, como componente inexcusable, la existencia de varios supuestos de hecho que puedan ser comparados", al igual que la aportación de un término comparativo válido¹⁰; y sólo cabe ante situaciones homologables o parangonables que resulten conformes con el ordenamiento jurídico¹¹, pues este principio no implica un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad.¹²

⁸ "La aplicación del principio de igualdad exige un elemento de alteridad" (STC 229/2001, de 26 de noviembre, que cita al respecto las SSTC. 1/1997, de 13 de enero, 150/1997, de 29 de septiembre, 64/2000, de 13 de marzo, 111/2001, de 7 de mayo y 162/2001, de 5 de julio).

⁹ Entre otras: SSTEDH: de 26 de abril de 1979 y 23 de noviembre de 1982.

¹⁰ La exigencia de un término de comparación para acreditar la igualdad o posibles discriminaciones aparece también en las SSTC. 62/1982, de 15 de octubre, 3/1997, de 13 de enero... y en las SSTS. de 3 de marzo de 1995 (Sala 3ª, Sección 7ª), 15 de abril de 1997 (Sala 3ª, Sección 7ª)...

¹¹ STC. 37/1982, de 16 de junio. José E. LORCA NAVARRETE, *Derechos fundamentales y jurisprudencia*. Pirámide, Madrid, 1994, p. 136 y ss.

¹² SSTC. 40/1989, de 16 de febrero, 21/1992, de 14 de febrero, 126/1995, de 15 de abril, 115/1995, de 10 de julio, 78/1997, de 21 de abril, 144/1999, de 22 de julio... y SSTS. de 5 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª), de 7 de mayo de 1993 (Sala 3ª, Sección 7ª), de 29 de enero de 1994 (Sala 3ª, Sección 7ª), de 28 de febrero de 1994 (Sala 3ª, Sección 7ª)... "El principio de igualdad no puede contradecir el de seguridad jurídica garantizado en el Art. 9.3 CE, y por tanto sólo opera dentro de la legalidad" STS. de 15 de enero de 1995 (Sala 3ª, Sección 6ª)

midad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto⁹⁶.

El derecho a la propia imagen es colindante con los que las personas tienen a su honor e intimidad⁹⁷, incluso puede decirse que forma parte de ambos puesto que asta fechas muy recientes la Jurisprudencia no los ha separado. El Tribunal Supremo, al entender que consiste en la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y por ende, de evitar su reproducción⁹⁸, afirma que este derecho protege únicamente frente a las representaciones gráficas de la figura humana no autorizadas, mediante algún procedimiento mecánico o técnico de reproducción. Quedan fuera, aunque también forman parte de la imagen en sentido amplio, otros aspectos como la moralidad, profesionalidad... que más directamente conectan y se confunden con el honor.

Este derecho salvaguarda el interés de cada persona en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, instrumento básico de identificación y proyección exterior imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. *"La captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél⁹⁹.*

"En esta línea, la Ley Orgánica 1/1982 (Arts. 2 en conexión con el 7, apartados 5 y 6, y Art. 8.2) estructura los límites del derecho a la pro-

⁹⁶ STC. 170/1987, de 30 de octubre.

⁹⁷ "Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el Art. 18 CE, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el Art. 10 CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC. 231/1988, de 2 de diciembre).

⁹⁸ STS. de 11 de abril de 1987.

tible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama"¹⁰.

El principio de igualdad, garantizado por ella (Arts. 9.2 y 14 CE)¹¹ y protegido en último término a través del recurso constitucional de amparo (Art. 53.2 CE.), supone un objetivo a alcanzar que "opera en dos planos distintos: De una parte frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se de trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación (...). En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma"¹².

Dicho de otro modo, la igualdad en tanto que principio actúa en distintas vertientes: Debe existir ante la ley, en cuanto hace referencia a su aplicación y en el tenor literal de ésta¹³, sin olvidar que otra forma de manifestarse, versión negativa del resto, está constituida por la prohibición de discriminar directa o indirectamente contenida en el artículo 14 CE. Un elemento común y básico para definir esas cuatro modalidades, que el Tribunal Constitucional no separa tajantemente, consiste en que dicho término ha de

¹⁰ STC. 8/1983, de 18 de febrero.

¹¹ Este principio también aparece expresamente reconocido en las demás constituciones europeas posteriores a la segunda Guerra Mundial. Así, el artículo 31 de la italiana (1947) establece que "Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales", el 33 de la Ley Fundamental de Bonn (1949) sostiene que "nadie podrá ser perjudicado ni privilegiado por su sexo, ascendencia, raza, idioma, patria u origen, creencias o concepciones religiosas u políticas" y el 1 de la francesa (1958) considera que "Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión, y respeta todas las creencias".

¹² STC. 141/1988, de 12 de julio, a la que remite la STC. 69/1997, de 19 de mayo.

¹³ STC. 27/1981, de 14 de febrero.

interpretarse apelando a lo razonable o proporcionado de forma que, en ocasiones y previa justificación razonada, será lícito tratar distintamente a quienes se encuentran en situaciones desfavorables, por motivos de raza, sexo, nacimiento, posición económica o cualquier otra circunstancia personal o social¹⁹. En tales casos la diferencia de régimen jurídico no sólo resulta compatible con el principio de igualdad, sino que aparece exigida por el mismo y supone un instrumento ineludible para su debida efectividad²⁰.

Con gran razón Luigi FERRAJOLI vino a decir que en caso de ignorar las diferencias, así como su concreta relevancia en las relaciones sociales, la igualdad está destinada a permanecer ampliamente inefectiva y a ser desmentida por las desigualdades concretas en que de hecho se trasmutan aquellas²¹. Una interpretación contraria al establecimiento de distinciones legítimas conduciría a resultados absurdos y anacrónicos, propios de un sistema liberal decimonónico más que de un estado social de nuestro tiempo.

*"Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación (...), la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"*²².

Al hilo de lo dispuesto por el TC, la doctrina ha ido sistematizando las condiciones que debe reunir una diferencia de trato a fin de ser considerada constitucionalmente legítima. Para GARCÍA MORILLO es necesario que: los ciudadanos o colectivos

¹⁹ SSTC. 128/1987, de 16 de julio y 269/1994, de 3 de octubre.

²⁰ STC. 3/1983, de 25 de enero. A ella remite la STC. 69/1997, de 19 de marzo.

²¹ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p.77.

²² SSTC. 22/1981, de 2 de julio, 34/1981, de 10 de noviembre y 110/1993, de 25 de marzo.

beneficiados se encuentren efectivamente en distinta situación; que el trato singular de que sean objeto tenga una finalidad razonable, esto es, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; que la diferencia de situaciones y la finalidad perseguida resulten coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna y que ésta sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que las justifican²². Pero la aplicación de tales criterios sigue planteando un problema de muy difícil solución, pues la determinación de que relevancia puede aparejar una concreta diferenciación, de hecho o de trato, conlleva siempre el recurso a una opción valorativa.

Bajo estas consideraciones subyace la clásica distinción entre igualdad formal y material, aspectos complementarios (no excluyentes) destinados ambos a evitar la existencia de tratos discriminatorios. La primera de ellas, habitualmente conocida como igualdad ante la ley, fue producto de la revolución liberal burguesa y se corresponde actualmente con el artículo 14 CE; mientras que la segunda ha sido objeto de plasmatción en el mandato constitucional, dirigido a los poderes públicos, de "*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*", que propugna el artículo 9.2 CE.²³, así como en el hecho de que estos mismos poderes, "*principalmente el legislador y el Gobierno, deben buscar los medios para lograr un progresivo acercamiento al contenido de los principios rectores del Capítulo tercero del Título primero de la Constitución*"²⁴.

²² J. GARCIA MORILLÓN, La cláusula general de igualdad, en *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p.151.

²³ Joaquín MARTÍN CLUBAS, 'El concepto de "igualdad" en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional', en *REIX*, Num. 53 (Mayo-Agosto de 1998), p.155 y ss.

²⁴ STC. 199/1987, de 24 de noviembre.

Partiendo de la igualdad en sentido formal, normalmente a través de lo dispuesto en las propias constituciones, leyes y reglamentos, así como de su interpretación y aplicación, se pretende llegar a la sustancial que, lejos de ser una conquista consolidada, supone un objetivo a lograr progresiva y paulatinamente, comúnmente asumido por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno aunque no siempre en sus textos constitucionales.

Por ejemplo en el artículo 3 de la vigente Norma fundamental italiana (1947), tras reconocerse la igualdad ante la ley²⁵, se dice que *"es cometido de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País"*²⁶. Mientras que el 2 de la francesa (1958) se limita a afirmar que la República *"garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias"*²⁷, no conteniendo ningún tipo de alusión relativa a la igualdad material.

Ya en sentencia de 23 de julio de 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo referencia a dicho aspecto en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Señaló que *"la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable"*, no así en caso contrario²⁸.

²⁵ Marino DARANAS PELAÉZ, *Las Constituciones Europeas* (Tomo II), Editora Nacional, Madrid, 1979, p.1217 y ss.

²⁶ Sobre la jurisprudencia constitucional italiana relativa al principio de igualdad: José SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de Administración local, Madrid, 1985, p. 41 y ss.

²⁷ Mariano DARANAS PELAÉZ, *Cit.*, p. 875 y ss.

²⁸ En el mismo sentido: SSTEDH. de 27 de octubre de 1975, 13 de junio de 1979, 28 de diciembre de 1984, 21 de febrero de 1986...

Pese a que la tan traída y llevada exigencia de objetividad y razonabilidad, que apareció entonces, resulta un tanto ambigua e imprecisa, hoy por hoy sigue siendo el parámetro más adecuado para averiguar si una concreta medida igualatoria es o no conforme a derecho. Nuestro supremo intérprete constitucional la introdujo en una de sus primeras sentencias²⁵, repitiéndola en muchas de las frecuentes ocasiones que ha tenido de pronunciarse sobre el artículo 14 CE²⁶.

La precisión de qué aspectos deben considerarse relevantes en un juicio de razonabilidad (tarea correspondiente a los tribunales) tampoco deja de ser controvertida y requiere a menudo tener en cuenta datos estadísticos²⁷ o acudir a criterios de redistribución general, a través de los que se pretende facilitar la satisfacción de ciertas necesidades importantes al mayor número de personas posible. Un ejemplo paradigmático de esta última consideración, basada además en los principios de justicia y equidad, es la calificación de la riqueza como factor relevante con respecto al trato fiscal²⁸, del mismo modo que la edad, la ciudadanía, la extranjería o el sexo adquieren importancia en otros contextos.

²⁵ STC. 22/1981, de 2 de julio.

²⁶ La exigencia de objetividad y razonabilidad, para que un trato distinto no resulte discriminatorio, aparece igualmente en las SSTC. 67/1982, de 15 de noviembre, 68/1982, de 22 de noviembre, 33/1983, de 4 de mayo, 209/1988, de 10 de noviembre, 134/1996, de 22 de julio...y STS. de 27 de abril de 1998 (Sala 3ª, Sección 7ª).

²⁷ STC. 240/1999, de 20 de diciembre.

²⁸ Francisco ESCRIBANO, "Principio de igualdad y deber de contribuir en la jurisdicción constitucional" y Pedro Manuel HERRERA MOLINA, "El principio de igualdad financiera y tributaria en la jurisprudencia constitucional", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI jornadas de estudio (Vol. I), Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 715 y ss. Recordemos que el principio de igualdad en materia tributaria, contenido en el artículo 31 CE, no es, como ha declarado con rotundidad el Tribunal Constitucional, reconducible sin más a la proclamación contenida en el artículo 14 (SSTC. 183/1997, de 28 de octubre y 55/1998, de 16 de marzo) y que está directa e indisolublemente ligado a los de capacidad económica, generalidad, justicia y progresividad (STC. 46/2000, de 17 de febrero).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la objetividad y razonabilidad de una medida deben ser consideradas desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Así como que las diferencias de trato en el ejercicio de los derechos no sólo han de perseguir finalidades legítimas, sino también respetar una lógica relación de proporcionalidad entre medios utilizados y finalidades a alcanzar. Consideró, por ejemplo, objetivas y razonables las disposiciones legales de que resulta un trato fiscal más desfavorable para los propietarios según aumenta el valor de sus bienes inmuebles³⁹ y discriminatorio el hecho de que una madre soltera tuviera que adoptar a su propia hija para que ostentara la titularidad de todos los derechos hereditarios inherentes al de filiación reconocidos en el Código civil belga⁴⁰.

La existencia de igualdad material en sentido jurídico, ya sea de oportunidades o resultados, no comporta necesariamente equidad de hecho ni mucho menos material o económica (no olvidemos que nunca dos personas o situaciones son iguales o desiguales en todos los sentidos), sino un reparto "adecuado" de los bienes sociales y sobre todo de las posibilidades de acceder a ellos. Se traduce en la consideración de que a los supuestos de hecho similares deben serles aplicadas consecuencias jurídicas que también lo sean y en que para introducir diferencias entre varios ha de existir una suficiente justificación de tal divergencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados⁴¹.

El principio prohíbe distinguir en base a categorías meramente subjetivas, ya que esto daría lugar a discriminaciones injustas, pero permite llevar a cabo diferencias fundadas en condiciones objetivas, tales como la naturaleza de los sujetos implicados, las

³⁹ STEDH. de 21 de febrero de 1986.

⁴⁰ STEDH. de 13 de junio de 1979.

⁴¹ SSTC. 19/1982, de 5 de mayo y 49/1982, de 14 de julio, entre otras muchas.

circunstancias que puedan tener lugar y los beneficios a distribuir⁶. Para afirmar que una situación de desigualdad fáctica tiene relevancia en derecho es necesario demostrar que existe un principio jurídico del que deriva la necesidad de igualdad de trato entre dos desigualmente tratados. Dicha regla o criterio puede ser directamente sancionada por la Constitución de dos maneras: Positivamente si la legitimación para introducir diferencias descansa en una habilitación expresa y negativamente cuando no resulta incompatible con ninguno de los principios o preceptos que ella contiene, según son las interdicciones comprendidas en el artículo 14 CE; arrancar de las leyes o de normas escritas de inferior rango, partir de la costumbre o basarse en alguno de los principios generales del derecho⁷.

Las actuaciones públicas desarrolladas en los sistemas democráticos modernos suelen destinarse a potenciar el principio de igualdad real de oportunidades, facilitando el acceso de todos a la sanidad y educación, la inserción socio-laboral de las mujeres, minorías étnicas y discapacitados, la concienciación social acerca de su importancia... sin que tengan por que traducirse necesariamente en una igualación automática de resultados⁸. Recordemos que el artículo 9.2 CE. contiene un mandato, dirigido a los poderes públicos, de promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover esos obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida

⁶ José SUAY RINCÓN, *Cit.*, p. 29.

⁷ STC. 59/1982, de 28 de julio.

⁸ Aunque necesaria, la igualdad de oportunidades resulta a menudo insuficiente, siendo preciso completarla con cierta igualación de resultados. Esta no debe consistir en una completa nivelación del reparto de bienes, sino en la satisfacción para todos de algunas necesidades básicas. Obviamente ambas vertientes de la igualdad material se hallan muy relacionadas: las políticas destinadas a promover la igualdad de oportunidades persiguen la obtención de resultados equitativos y las de igualación de éstos resultan indispensables para obtener aquellas.

política, económica, cultural o social. No así la obligación de garantizarlas como si de auténticos derechos subjetivos fundamentales se tratase.

Un problema derivado del mencionado deber consiste en determinar el mecanismo más adecuado que permita restablecer la igualdad donde y cuando haya sido vulnerada. El Tribunal Constitucional, en sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, resolviendo un recurso de amparo interpuesto por los ayudantes técnicos sanitarios varones de un hospital, que se veían discriminados en cuanto a las condiciones de trabajo y sueldo con respecto a las mujeres que desempeñaban funciones idénticas, optó por otorgar a aquellos los mismos beneficios que a éstas, *"sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores"*.

Al mismo procedimiento recurrió en la STC. 103/1983, de 22 de noviembre, declarando inconstitucional el artículo 160.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que exigía a los viudos demostrar que padecían incapacidad de trabajo, así como estar económicamente a cargo de la mujer en el momento de su muerte para percibir una pensión, cosa que no se pedía a las viudas, y en la 3/1993, de 14 de enero, donde declaró inconstitucional una mención que el apartado 2º del artículo 162 de la misma Ley hacía a las *"hijas y hermanas"*, otorgando sólo a éstas, no a los varones en idéntica situación, la facultad de obtener una prestación económica asistencial tras fallecer el causante si carecían de ingresos propios³⁹.

³⁹ Argumenta diciendo que "esta situación no es, sin embargo, constitucionalmente admisible, pues, aparte de que el derecho al trabajo y a la promoción a través del mismo se reconocen indistintamente a hombres y mujeres (Art. 35.1 CE), es lo cierto que el régimen público de Seguridad Social ha de atender en su conjunto a situaciones de necesidades Art. 41 CE), al margen de toda consideración de sexo. De manera que en la configuración ex Art. 162.2 LGSS de la pensión a favor de familiares, la atribución exclusivamente a las hijas y hermanas del referido derecho no tiene por objeto la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo, ni su emancipación de las tareas domésticas. Por el contrario se trata de una medida meramente compensadora de un estado de

Mientras que en otras ocasiones, caso de las SSTC. 28/1992, de 9 de marzo y 315/1994, de 28 de noviembre, ha preferido restaurarla suprimiendo unos privilegios que, en forma de medidas protectoras, producían discriminaciones a su entender injustas e incluso perjudicaban a los aparentemente favorecidos.

Las medidas protectoras pueden, siguiendo con el ejemplo de la igualdad laboral entre ambos sexos aunque ello también sucede con otros grupos infravalorados, "*suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones*"¹⁶, dado que, al fundamentarse en una teórica inferioridad del sexo femenino, su propio origen resulta discriminatorio, llegando a provocar mayores reticencias sociales¹⁷.

A través del mandato recogido en el artículo 9.2 CE. sólo se busca que las autoridades tomen medidas tendentes a alcanzar la igualdad real partiendo de la de carácter formal; lo que no comprende el hecho de que puedan fomentar la existencia de acciones paternalistas, destinadas al beneficio de los grupos sociales "más débiles" sin perseguir a través suyo la consecución de igualdad real ni ningún otro objetivo constitucionalmente admisible. Es tal circunstancia la que ha llevado a considerar más que dudosa su compatibilidad con nuestra Norma fundamental, marcando una considerable diferencia

¹⁶ necesidad en la que predomina la visión paternalista y la función sustitutiva de la pensión perdida. Es, en suma, una prestación que, tomada en cuenta por el criterio de diferenciación, no otro que el sexo, resulta perturbadora para lograr una igualdad efectiva de la mujer en relación con el varón, en tanto que el privilegio instituido a favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella" (STC. 3/1993, de 14 de enero).

¹⁷ STC. 3/1993.

¹⁸ Las normas protectoras, aunque aparentemente establecen beneficios para las mujeres, "perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina" (STC. 128/1987), "consolidan la situación discriminatoria (STC.317/1994) y ello por que "se han adoptado desde una perspectiva que refleja los mismos valores sociales que han mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral. Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares" (STC. 128/1987, de 16 de julio).

con las medidas de igualación, acciones y discriminaciones positivas o inversas, que si son constitucionales y lícitas⁴².

4.1.1. La igualdad como Valor superior, como Principio y como Derecho fundamental

Concretar si la igualdad constituye un derecho fundamental, además de un valor superior y un principio constitucional, no es materia pacífica en la doctrina. Algunos autores, caso de PULIDO QUECEDO, se manifiestan en contra al considerar que no tiene sustantividad propia y que únicamente puede ser exigida en relación con otros derechos. Hay quienes, como SUAY RINCÓN⁴³ y TOLIVAR ALAS⁴⁴, opinan a favor, defendiendo la tesis de que existe el derecho autónomo a un trato igualitario o a la no discriminación; mientras que una opción intermedia, sostenida por RUBIO LLORENTE⁴⁵ y GARCÍA MORILLO, la define como un derecho subjetivo prototípicamente relacional, que para darse requiere la existencia de un término comparativo y de una situación de desigualdad fáctica.

En tanto que valor superior, este concepto supone una de las metas del Estado y del Derecho, constituyendo al mismo tiempo un instrumento básico destinado a ordenar y presidir la construcción del ordenamiento jurídico en general y su aplicación a cada supuesto concreto. Los valores son normas que precisan fines y

⁴² Un interesante estudio sobre los tratamientos formalmente desiguales orientados hacia la igualdad real es el llevado a cabo por David JIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 45 y ss.

⁴³ José SUAY RINCÓN, *Cit.*, p. 148 y ss. Este autor argumenta afirmando que la Constitución configura el juicio de igualdad como un derecho subjetivo puesto que de lo contrario, entre otras cosas, su infracción no podría fundamentar la interposición de un recurso de amparo, que sirve de garantía frente a la violación de los derechos fundamentales.

⁴⁴ Leopoldo TOLIVAR ALAS, *Las libertades lingüísticas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 42 y ss.

⁴⁵ Francisco RUBIO LLORENTE, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, *Cit.*, p. 685 y ss.

sirven para orientar las acciones conducentes a lograrlos pero, al carecer de estructura jurídica interna, su enunciado se agota en una simple declaración formal.

La amplísima variedad de concreciones que dicha característica posibilita deja a los órganos creadores del Derecho un margen más que generoso para orientarlo hacia ellos⁶. PECES-BARBA los describe gráficamente como "*cuatro faros que guían explicitan e interpretan la voluntad del legislador constituyente*", siendo el punto de partida de todo el resto del ordenamiento jurídico⁷, dado que no sólo deben regir en el ámbito estrictamente constitucional sino que lo sobrepasan, trascendiendo mucho más allá del mismo.

El contenido del artículo 1 CE. ha de influir en el comportamiento de todos los operadores jurídicos: legisladores, jueces, funcionarios y ciudadanos, con objeto de que incluyan estos valores, positivizados pero también presentes en la moralidad comúnmente asumida, como parte de las normas, interpretaciones o usos normativos que respectivamente produzcan. Son pautas cuyo destino consiste en señalar una serie de objetivos, cediendo a los artifices del derecho la facultad de decidir que cauces generales o específicos consideran más adecuados para lograr su efectividad, aunque ya en la Constitución se han señalado algunos, adoptando la forma de derechos fundamentales o a través de la organización de los poderes públicos.

⁶ Luciano PAREJO ALONSO, *Constitución y Valores del ordenamiento*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.139 y ss.

⁷ Gregorio PECES-BARBA, *Los Valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p.17 y ss. Para él los Valores reconstruyen la teoría material de la justicia, sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas; insertan la Constitución material en la concepción democrática del derecho y del Estado e integran la perspectiva material que representa con la formal propia del normativismo. Se trata de normas básicas que refuerzan la tesis de la dificultad de separar entre creación e interpretación del Derecho, puesto que afectan a ambas actividades y al mismo tiempo constituyen un límite al poder. Según él surgen de la moralidad comúnmente asumida, estando finalmente destinados a proteger la dignidad de la persona humana en sus diversos aspectos.

Los valores constitucionales poseen una triple dimensión dependiendo del ámbito en que se apliquen: A) Fundamentadora, desde un punto de vista estático, de las disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto; por lo que la doctrina alemana los denomina "valores fundamentales" y nuestra Constitución "valores superiores", acentuando así su significación de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político. B) Orientadora, en sentido dinámico, de dicho orden hacia unas metas o fines predeterminados, haciendo ilegítima cualquier disposición normativa que persiga otros distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional. Y C) crítica, en tanto que su función sirve de criterio o parámetro valorativo para justipreciar hechos o conductas, de forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o disvalor, por su conformidad o infracción de los valores constitucionales⁴⁸.

Pese a que el pluralismo político podría encuadrarse dentro del concepto más amplio de libertad y que el propio TC. ha llegado a utilizar en ocasiones el de justicia como equiparable al de igualdad, los cuatro fueron constitucionalmente asumidos con idéntico rango, haciendo depender una eventual prevalencia entre ellos de la ponderación realizada en cada caso. Las referencias constantes que dicho órgano efectúa al valor igualdad quizá se deban al hecho de no haberse producido un desarrollo constitucional o legislativo suficiente del mismo, a diferencia de lo que sucede con el de libertad. Esto ha podido ocasionar la necesidad de acudir a él con mayor frecuencia, debido a su condición de intérprete constitucional supremo.

La igualdad en tanto que valor no aparece sólo en la Constitución sino que también forma parte de otras normas: Así,

⁴⁸ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 288.

por ejemplo, el Estatuto de Autonomía Catalán recoge en su preámbulo, como valores superiores, la libertad, la justicia y la igualdad del mismo modo que hace el de Murcia. El de Castilla-León menciona la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad y el pluralismo, aunque los denomina principios democráticos, añadiendo el de solidaridad. En el Balear se habla de "valores Supremos", haciendo referencia a la libertad, la justicia, la igualdad y la defensa de los derechos humanos, del mismo modo que a la solidaridad entre todos los pueblos de España... Estas solemnes declaraciones de principios no tienen carácter normativo sino únicamente interpretativo, por que aparecen en los preámbulos, pero con ellas basta para reiterar su reconocimiento como rectores de la vida política y jurídica en el ámbito territorial de las respectivas comunidades autónomas. No es necesario recordar que todos esos enunciados resultan perfectamente compatibles con lo que dispone el artículo 1 de la Constitución.

La igualdad como principio general del derecho supone uno de los pilares básicos que configuran nuestro sistema jurídico y representan las convicciones ético-jurídicas mayoritariamente asumidas por la comunidad. No se trata de vagas ideas o tendencias morales, válidas de por sí para explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica, que sólo son cognoscibles a través de ella mediante la doctrina y la jurisprudencia; sin olvidar que al mismo tiempo constituyen una fuente del derecho aplicable en defecto de ley o costumbre. Son estos los que sostienen y animan cada sistema normativo, evitando que se agote en el juego automático de simples conexiones formales entre hechos y derecho; al mismo tiempo que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales, prestándoles todo su sentido y contribuyendo a su comprensión, al ser expresamente insertados en el conjunto ordinal⁴⁹.

⁴⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Cit.* p.83 y ss.

Según reconoce el artículo 1.4 del Código Civil, nuestro ordenamiento se construye sobre un sistema de principios generales del derecho que suplen a las fuentes escritas, les dan todo su sentido y presiden la interpretación que se haga de ellas. Dicho precepto hace referencia al "carácter informador del ordenamiento jurídico" que cumplen; pero los principios así entendidos no se limitan a configurar parámetros de medición destinados a condicionar la interpretación de las normas, colmando sus posibles lagunas, sino que también suponen objetivos a alcanzar particularmente valorados. No sólo configuran una fuente residual sino que buena parte, como sucede con los de igualdad, libertad, legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, están comprendidos de forma expresa en la Constitución (Art. 9. 2 y 3) y así dotados de la seguridad normativa formal que esto implica⁸.

El mandato correspondiente a los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica cultural y social" (Art. 9.2 CE)⁹, se concreta en los también principios comprendidos en el Capítulo III del Título I CE, denominados rectores de la política social y económica, que son cauces preferentes de actua-

⁸ Acerca de los valores superiores y principios fundamentales en la CE, así como de sus precedentes en Derecho comparado, puede consultarse: Silvio BASILE, "Los valores superiores", los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en La Constitución española de 1978, (coord. Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA), Civitas, Madrid, 1988, p.263 y ss.

⁹ En términos similares esta expresión forma parte de los Estatutos de autonomía de: Andalucía (Art. 12.1), Aragón (Art. 6.2.a), Principado de Asturias (Art. 9.2.d y e), Canarias (Art. 5.2.a), Cantabria (Art. 5.2), Castilla la Mancha (Art. 4.2), Castilla y León (Art. 8.2), Cataluña (Art. 8.2), Extremadura (Art. 6.2.b y c), Galicia (Art. 4.2), Islas Baleares (Art. 9), Madrid (Art. 7.4), Murcia (Art. 9.2.b y e), País Vasco (Art. 9.2.d y e), La Rioja (Art. 7.2), Comunidad Valenciana (Art. 2), Ceuta (Art. 5.2.b) y Melilla (Art. 5.2.b).

ción para canalizar la búsqueda de igualdad real. En palabras del TC, su "reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, según dice el artículo 53.3 de la Constitución, que impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes"⁵².

Esa heterogeneidad de planos en que principios y valores operan, así como los diversos aspectos donde las finalidades que cumplen confluyen, hacen ciertamente complejo el hecho de diferenciar entre ambos conceptos, más aún teniendo en cuenta que la libertad y la igualdad están comprendidas en los dos grupos. PÉREZ LUÑO propone una distinción basada en el diferente grado de concreción que existe entre valores y principios. Afirma que los primeros no contienen ningún tipo de especificación relativa a en que supuestos han de ser aplicados, ni con respecto a las consecuencias jurídicas que deben seguirse de su aplicación; pues constituyen ideas abstractas, líneas directivas muy generales que fundamentan, orientan y limitan críticamente la interpretación y aplicación de todas las restantes normas, formando así el contexto histórico-espiritual de la interpretación y aplicación de la Constitución y por supuesto de los derechos fundamentales. Mientras que para él los principios representan un grado intermedio de concreción situado entre aquellos y éstos últimos⁵³.

La igualdad supone sin duda un valor superior y un principio pero, siguiendo los argumentos de la Corte Europea, el Tribunal Constitucional, que en este sentido no mantiene un criterio uniforme, le ha negado la condición de derecho fundamental en diversas ocasiones. Considera que "la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones

⁵² STC. 19/1982, de 5 de mayo.

⁵³ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, Cit. p. 291.

*jurídicas concretas, de ahí que pueda ser objeto de amparo en la medida en la que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general*²⁴. Recordemos que en ningún precepto constitucional, ni siquiera en el artículo 14 que forma parte del Capítulo II del Título I, titulado "Derechos y libertades", se reconoce un derecho a la igualdad en sí. Lo que éste contiene es una proclamación genérica, que a lo sumo podría interpretarse como un derecho a la igualdad ante la ley y la tajante prohibición de discriminar²⁵.

Un pretendido "derecho a la igualdad", ya sea formal o material, sin especificación alguna sobre su contenido, resultaría conceptualmente inadecuado y estaría desprovisto de la necesaria autonomía²⁶. Dado el carácter abstracto de la palabra igualdad, un primer inconveniente radica en precisar el significado que tiene sin tomar un punto de referencia preciso, pues al afirmar que algo o alguien es igual o desigual nada se está diciendo, de no concretarse con respecto a que, quien o quienes y en que sentido. Además un hipotético "derecho a ser igual" debería otorgar a cada ciudadano la posibilidad de exigir que los poderes públicos desarrollaran las medidas pertinentes para garantizarle su ejercicio y ello no sucede por razones obvias.

Cuando son sometidos a consideración hechos discriminatorios con respecto al disfrute de concretos bienes jurídicos sí podría invocarse judicialmente, al menos según reconoció el Tribunal Constitucional en Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre, un "derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente

²⁴ STC. 22/1981, de 2 de julio. En el mismo sentido: STC. 76/1983, de 5 de agosto.

²⁵ Tampoco cabe considerar un derecho fundamental "la legítima aspiración a la igualdad material o de hecho, frente a desigualdades de trato que no derivan de criterios jurídicos discriminatorios, sino de otras circunstancias objetivas y razonables" (STC. 8/1986 de 21 de enero).

proscritos en el Art. 14 CE". Cabría pensar que esta es otra de las diversas manifestaciones que en la Constitución adopta el principio de igualdad al materializarse en derechos concretos, pero ello no es del todo cierto, pues el citado artículo no menciona la existencia de tal derecho sino que sólo prohíbe llevar a cabo conductas discriminatorias.

Si discriminar consiste en tratar peor lo diferente sin que exista una justa causa, dicha proscripción podrá dar lugar a un "derecho a la igualdad de trato", siempre en relación con determinados bienes, convirtiéndose en una consecuencia necesaria derivada del mismo. Los derechos están para ser respetados y, al igual que el que existe a la vida conlleva la obligación colectiva de no matar, el derecho a la igualdad de trato trae consigo la de no discriminar.

Además de los constitucionalmente citados y con base en nuestra Carta Magna, de algunas sentencias del Tribunal Constitucional⁷⁷ cabe deducir que existen derechos derivados del mencionado principio, como éste último. Ya en la 49/1982 se dijo que "el artículo 14 CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos una obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas"⁷⁸.

Me permito afirmar que la igualdad en abstracto no constituye un derecho fundamental, pero esta no es la única opción doctrinal que se ha barajado al respecto. En otras sentencias⁷⁹ dicho

⁷⁷ Este hipotético derecho "a ser igual" tampoco está reconocido en la Constitución italiana. Puede consultarse, entre otros muchos, Alessandro PACE, "Igualdad y libertad", en REDH. Num. 64, (enero-abril 2002), p.53 y ss.

⁷⁸ SSTC. 49/1982, de 14 de julio, 2/1983, de 24 de enero 75/1983, de 3 de agosto, 55/1988, de 24 de marzo...

⁷⁹ El Tribunal Constitucional se ha referido al derecho a la igualdad ante la ley en las SSTC.23/1997, de 11 de febrero, 21/2002, de 28 de enero...

⁸⁰ SSTC. 76/1983, de 5 de agosto y 161/1989, de 16 de octubre.

Tribunal consideró al de igualdad "*un derecho de carácter relacional*", olvidando quizá que el hecho de que requiera cierta conexión con otros bienes jurídicos para existir convierte en más que dudosa su condición de derecho autónomo. Las SSTC. 108/1988, de 8 de junio, 104/1996, de 11 de junio, 79/1997, de 21 de abril y 73/1998, de 31 de marzo, junto a otras muchas, se refieren a un más específico "*derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*"⁶⁰, que a modo de proclamación sí aparece en el artículo 14 CE.

En mi opinión tal precepto contiene dos derechos fundamentales: Uno expreso que viene a ser este último y otro formulado de manera implícita al proscribir los tratamientos discriminatorios. De hecho la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2000 (Considerando 4), reitera la existencia de ambos al señalar que "*el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros*".

4.2. LA IGUALDAD EN SUS PRINCIPALES MANIFESTACIONES

4.2.1. Igualdad ante la Ley

Desde un punto de vista histórico, la igualdad ante la ley (Arts. 7 DUDH, 26 PIDCP. y 14 CE.) fue la primera manifestación en

⁶⁰ "La igualdad es un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico ya que en el Art. 11 CE. resulta elevado ese principio a valor superior del mismo. Este principio tiene después su consagración formal como derecho fundamental de los ciudadanos en el Art. 14 del propio Texto Fundamental, en el que se garantiza la igualdad ante la Ley y en aplicación de la Ley" STS. de 15 de septiembre de 1997 (Sala 3ª, Sección 5ª).

aparecer de dicho principio⁶¹. Nació con el Estado liberal, concretamente en la Declaración de independencia estadounidense (1776) y en la de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Ésta última, cuya elaboración y aprobación habían sido fruto de la Revolución francesa, hizo suyas dos consideraciones básicas al respecto, que fueron retomadas con diversos matices en los textos constitucionales posteriores: La de que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (Art. 1 DDHC.)⁶² y la de que la ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga (Art. 6 DDHC.)⁶³.

La igualdad ante la ley en sus orígenes implicaba el rechazo de las exenciones, privilegios e inmunidades propios del Antiguo Régimen, así como una exigencia de generalidad en el sentido de que todos los ciudadanos se hallaran sometidos a las mismas normas y tribunales; pero durante mucho tiempo coincidió con situaciones que actualmente consideramos incompatibles con este principio. Es el caso del sufragio censitario y sólo masculino o el distinto tratamiento recibido por los hijos según fueran "legítimos" o "ilegítimos".

Para el liberalismo burgués la acción del gobierno debía limitarse a "dejar hacer", procurando proteger unas áreas básicas de

⁶¹ En el Antiguo Régimen "no regía el principio de igualdad ante la ley, sino cabalmente el contrario, ya que las personas tenían más o menos derechos según pertenecieran o no alguno de los estamentos privilegiados" (STC. 27/1982, de 24 de mayo). Santiago CARRETERO SÁNCHEZ, "Comentario a la Sentencia 126/1997, de 3 de julio: Títulos nobiliarios, Principio d igualdad y discriminación por sexo", en *Actualidad administrativa*, Num. 30 (27 de julio a 2 de agosto de 1998), p.647.

⁶² En las primeras constituciones liberales la idea de igualdad tuvo un alcance muy reducido; sólo abarcaba la garantía de los derechos de libertad y autonomía privada, quedando por mucho tiempo subjetivamente limitada a los ciudadanos varones, alfabetizados y propietarios. Luigi FERRAJOLI, *Cit.*, p.81 y ss.

⁶³ Concretamente este artículo vino a decir que "la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para 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 la de sus virtudes y la de sus talentos".

libertad y seguridad, así como creando otras de libre mercado. Las leyes habían de resultar objetivas en su contenido y aplicarse con rigurosa exactitud y plena sujeción al tenor literal; de forma que eran iguales las personas que en ellas se consideraban así y diferentes aquellas a quienes diferenciaban. Fue sobre todo a partir del último tercio del siglo XIX cuando los estados comenzaron paulatinamente a adquirir mayor protagonismo en la vida social y a corregir las flagrantes desigualdades de hecho que el propio sistema generaba.

Poco a poco los derechos fundamentales aumentaron en número, aparecieron unos nuevos de carácter social, las diferencias jurídicas de status decrecieron y los poderes públicos pasaron a asumir, siempre a través del Derecho, la función de promocionar ciertas condiciones de equidad y libertad que los individuos no podían realizar con su esfuerzo aislado. Pero estos cambios en la forma de entender el concepto de igualdad no impidieron que su existencia ante la ley siguiera resultando insustituible como garantía de la seguridad jurídica.

*"Del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otro criterio de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos en la misma ley. por eso, como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identifica en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación inigualitaria de la Ley era una violación de la Ley misma"*⁶⁶.

Sus destinatarios han sido y son principalmente las administraciones y tribunales, si bien ya en nuestro siglo aparece un nuevo derecho frente al autor de la norma, también derivado del principio de igualdad, "cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la juris-

⁶⁶ STC. 74/1991, de 8 de abril.

*dicción competente cuando establecen distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.) o que no guardan una razonable conexión con la finalidad propia de la norma"*⁶⁵. Desde mi punto de vista, las desigualdades que tienen lugar debido a la actuación del legislador no son ante la ley sino en su contenido, aunque como consecuencia ocasionen discriminaciones al aplicarla.

El significado que en derecho español posee actualmente el concepto de igualdad ante la ley ha sido, en buena medida, configurado por la doctrina del Tribunal Constitucional⁶⁶. Ésta lo considera "un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y que exige que las supuestas de hecho iguales sean tratadas idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también a la igualdad en la aplicación de la ley..."⁶⁷. Gregorio PECES-BARBA afirmó que el mencionado principio presupone la existencia de un destinatario abstracto de las normas, al caracterizarse por su generalidad. Ello se traduce en el hecho de que las leyes y reglamentos han de afectar al ciudadano, al comprador, al administrado, al deudor, al vendedor, al funcionario, etc, de manera que los beneficios y cargas reconocidos vincularán igualmente a todas las personas que integran estos colectivos⁶⁸.

La idea de que las leyes y reglamentos afectan a todos por igual no sólo supone un límite puesto al servicio del poder legislativo⁶⁹, sino también y ante todo un importante instrumento de

⁶⁵ STC. 74/1991, de 8 de abril.

⁶⁶ "Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior, no lo sustituye sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todas las poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas" (STC 74/1991, de 8 de abril).

⁶⁷ Como libro de consulta: Antonio CANDO MATA, El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional. Revista de derecho privado, Madrid, 1983.

⁶⁸ STC. 2/1983, de 24 de enero.

⁶⁹ Entre otros muchos: Gregorio PECES-BARBA, *Cit.*, p. 153 y ss y Joaquín MARTÍN CUBAS, *Cit.*, p. 159.

⁷⁰ STC. 49/1982, de 14 de julio.

control complementario de la legalidad de los actos que limita el ámbito de su discrecionalidad⁷⁰; de forma que, si aparecen varias posibilidades legítimas de aplicación, no quepan tratamientos distintos para circunstancias idénticas que den lugar a situaciones discriminatorias.

El principio de igualdad ante la ley ha sufrido tradicionalmente una significativa excepción debido a las prerrogativas parlamentarias, que expresamente reconoce nuestra vigente Constitución (Art. 71). La inviolabilidad, configurada por el TC. como un privilegio de naturaleza sustantiva⁷¹ y la inmunidad, considerada por éste un privilegio formal, pueden justificarse dada la importancia de garantizar la libertad en esa institución que protegen⁷².

Lo que la primera establece es la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios con respecto a opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, entendiéndose como tales aquellas que realicen en actos parlamentarios, en el seno de cualquiera de las articulaciones de las Cortes Generales o en actuaciones exteriores a la vida cameral que sean reproducción literal de un acto parlamentario⁷³. Su finalidad específica consiste en asegurar, *"a través de la libertad de expresión de los parlamentarios, la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan (...). Privilegio que "incide negativamente en el ámbito del derecho a la tutela judicial" pues "impide la apertura de cualquier clase de proceso o procedimiento que tenga por objeto exigir responsabilidad a los Diputados o Senadores por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones" (SSTC. 36/1981 y 243/1988)*⁷⁴.

⁷⁰ José María PABÓN DE ACUÑA, Cit. p.32.

⁷¹ STC. 243/1988, de 19 de diciembre.

⁷² Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, "Prerrogativas parlamentarias y quiebras del principio de igualdad", en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Cit. p.495 y ss.

⁷³ STC. 36/1981, de 12 de noviembre.

⁷⁴ STC. 30/1997, de 24 de febrero.

Mediante la inmunidad se busca proteger la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales susceptibles de desembocar en privación de libertades, evitando que, por algún tipo de manipulación política, les sea impedido asistir a reuniones de las cámaras, alterando así indebidamente la composición y funcionamiento de éstas⁵. Mientras dure su mandato sólo existe la posibilidad de detenerlos en caso de flagrante delito; no pudiendo resultar inculcados ni procesados sin previa autorización de la cámara respectiva (Art. 71.2 CE).

4.2.2. Igualdad en el contenido de la Ley

La igualdad en el contenido de las leyes, que como la anterior se extiende a los reglamentos⁶, fue constitucionalizada por primera vez años más tarde que la que existe ante la ley, concretamente en la XIV enmienda, aprobada en 1868 (tras la Guerra de Secesión), de la Norma Fundamental estadounidense⁷. Según ella y dentro de su jurisdicción, no podía denegar ningún estado a nadie *"la igual protección de las leyes"*⁸.

En el ámbito europeo, adquirió relevancia jurídica al mismo tiempo que el control de constitucionalidad, dado que los preceptos dedicados a establecerla sólo habían contenido hasta entonces meras finalidades programáticas que no vinculaban jurídicamente al legislador. Ya durante el periodo de entreguerras aparecieron algunos de éstos órganos, como el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución española de 1931 o el Tribunal Constitucional austriaco, introducido en 1920. Pero fueron textos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, caso de la Ley

⁵ SSTC. 90/1985, de 22 de julio y 243/1988, de 19 de diciembre.

⁶ Los reglamentos contrarios al principio de igualdad pueden ser declarados nulos en la resolución de un recurso de amparo o por cualquier tribunal ordinario.

⁷ David JIMÉNEZ GLUCK, *Cil*, p. 26 y ss.

⁸ Miguel RODRÍGUEZ-PINERO y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 28 y ss.

Fundamental de Bonn (1949) o la italiana de 1947, los que asentaron definitivamente en Europa el control de constitucionalidad de las leyes, pasando así la igualdad a adquirir una dimensión normativa real de que había carecido hasta entonces.

Tal aspecto del principio de igualdad, que nuestro TC. aceptó sin vacilaciones desde un primer momento como límite a la acción legislativa sometido a su propio control, obliga a que *"en los supuestos de hecho de las normas de cualquier especie no se introduzcan elementos de diferenciación que puedan considerarse discriminatorios o que carezcan de justificación razonable, en relación con las finalidades que con ellos se pretende lograr"*⁷⁸. Si bien no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o conveniencia de diferenciar circunstancias distintas o de darles un tratamiento diverso⁷⁹, ni le obliga a tratar del mismo modo aspectos desiguales⁸¹, *"La desigualdad en la ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente"*⁸² y discriminatorio.

El legislador o artifice de los reglamentos queda obligado a observar el principio de igualdad, ya que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de las normas; pero no le está prohibido diferenciar situaciones distintas, como ya hemos apuntado. Es lícito y constitucional por ejemplo que éste, *"del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración atendida, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios (...) a la hora de señalar a la administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de*

⁷⁸ STC. 162/1985, de 29 de noviembre. En términos análogos: STC. 75/1983 de 3 de agosto.

⁷⁹ STC. 116/1986, de 8 de octubre.

⁸⁰ STC. 161/1995, de 7 de noviembre.

⁸¹ STC. 73/1989, de 20 de abril.

*dispensarse las ayudas en cuestión*⁸³. Resultando contrarias al principio analizado tanto las disposiciones que injustificadamente anudan consecuencias diferentes a supuestos de hecho sustancialmente iguales, como aquellas que producen el mismo efecto considerando distintos los que son semejantes⁸⁴.

Para enjuiciar la constitucionalidad o no de una norma *"debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca, de manera tal que, cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimación constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento"*⁸⁵. Además de los de objetividad y razonabilidad (conceptos jurídicos indeterminados)⁸⁶, esa discrecionalidad aparente con que cuentan los creadores de leyes y reglamentos encuentra límites más definidos, no pudiendo dar lugar a un resultado que vaya contra derechos o libertades reconocidos en la Constitución (Art. 53.2 CE.) o que resulte contrario a cualquier otro precepto o principio de la misma (Art. 9.1 y 3 CE.)⁸⁷.

"Las diversificaciones normativas son conformes a la igualdad cuando cabe discernir en ellas una finalidad conforme con la Constitución y cuando además las normas de las que la diferencia nace muestran una estructura de razonable proporcionalidad con el fin perseguido. Tan contraria a la igualdad es por lo tanto la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con

⁸³ STC. 86/1985, de 10 de julio.

⁸⁴ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y M^a Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ. Cit. p. 46 y ss.

⁸⁵ STC. 81/1982, de 21 de diciembre.

⁸⁶ La diferencia entre conceptos jurídicos determinados e indeterminados en: Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p.198 y ss.

⁸⁷ STC. 42/1981, de 10 de diciembre.

aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad⁸⁸.

Para que haya lugar a un juicio de igualdad frente al legislador son condiciones necesarias: Que el tratamiento legal diferenciado derive de la ley de forma clara, precisa y directa, no pudiendo extraerse mediante hipotéticos juicios interpretativos⁸⁹ y "que las normas que dicte introduzcan una diferencia de trato entre sujetos que, no obstante, son comparables"⁹⁰. La importancia que esta manifestación del principio reviste trasciende más allá de las normas pues, para que no se produzcan desigualdades materiales en su aplicación resulta muy necesario que no las contengan.

4.2.3. Igualdad en la aplicación de la Ley

La igualdad en la aplicación de la ley, que originariamente se identificó en la práctica con el principio de legalidad⁹¹, también está comprendida en el artículo 14 CE, al considerarse abarcada por la que existe ante ella⁹².

Atendiendo a la temporalidad del término comparativo, sus potenciales infracciones son de dos tipos: La desigualdad llamada sincrónica tiene lugar cuando el acto de aplicación introduce una distinción entre ciudadanos que se encuentran contemporáneamente en idénticas circunstancias, mientras que la diacrónica opera aún que no exista relación de contemporaneidad⁹³. Para

⁸⁸ STC. 45/1988, de 17 de marzo.

⁸⁹ STC. 108/1984, de 26 de noviembre.

⁹⁰ STC. 84/1993, de 8 de febrero.

⁹¹ En los sistemas políticos liberales el principio de igualdad se limitaba a garantizar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico y el órgano aplicador no debía hacer más distinciones que las directamente efectuadas en él. Esta forma de entender la igualdad, hoy ampliamente superada, estaba ligada a una visión formalista de la interpretación y aplicación del Derecho, que únicamente consistía en la subsumción mecánica de cada caso concreto en una norma; de modo que la aplicación desigual de la ley se confundía con la violación de la misma.

⁹² STC. 2/1983, de 24 de enero.

evitar ésta última, producida si un mismo ente aplicador del derecho *"interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales"*¹⁷, se impone a cada órgano, judicial o administrativo, modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y aplicar el mismo precepto en supuestos idénticos con notoria falta de equidad, por motivos arbitrarios o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el citado artículo 14¹⁸.

Partiendo de que no cabe hablar de igualdad de trato si los entes encargados de aplicar las normas no mantienen una uniformidad de enjuiciamiento¹⁹, lo que el principio de igualdad exige no es que la ley reciba siempre la misma interpretación, a fin de que los sujetos a quienes se aplique resulten idénticamente afectados, sino evitar la emisión de pronunciamientos arbitrarios que incurran en desigualdades injustificadas²⁰.

*"La existencia de una desigualdad en la aplicación de la ley con dimensión constitucional requiere la ausencia de toda motivación que justifique en términos generales el cambio de criterio"*²¹; *"que las decisiones en contraste hayan sido dictadas por el mismo órgano judicial y (...) que*

¹⁷ La diferencia entre desigualdad sincrónica y diacrónica, así como los principales rasgos del precedente administrativo, han sido descritos por Juan Antonio XIQUERIOS, "El principio de igualdad en la aplicación de la Ley", en *El Principio de igualdad en la Constitución española*, Cit. p. 253 y ss.

¹⁸ STC 73/1989, de 20 de abril.

¹⁹ Andrés OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p.24.

²⁰ *Ibidem*, p.68.

²¹ STC 49/1995, de 28 de marzo.

²² STS, de 14 de marzo de 2000. La motivación, que puede estar basada en datos internos o externos a la propia resolución impugnada, ha de evidenciar que estamos ante un cambio de criterio consciente y general (con vocación de futuro); no ante una respuesta *ad personam* o una modificación *ad visum*, fruto de un mero voluntarismo selectivo. Entre otras: SSTC 193/2001, de 1 de octubre, 74/2007, de 6 de abril; 111/2002, de 6 de mayo.

*tales decisiones recaigan sobre casos o supuestos conflictivos esencialmente idénticos*⁹⁹. "Tal derecho constitucional protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos"¹⁰⁰.

Además del de igualdad, siempre que existe un problema constitucional sobre la desigualdad motivada por el distinto tratamiento dado a dos situaciones similares se vulneran otros principios, derivados y complementarios de aquel, como son el de interdicción (o prohibición) de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁰¹ y el de seguridad jurídica, ambos comprendidos en el artículo 9.3 CE. Pero la simple distinción en los fallos de casos aparentemente semejantes en sus supuestos de hecho no da derecho a entender vulnerados estos principios, puesto que tales diferencias pueden tener una justa razón de ser, en la no identidad de los hechos probados o en un margen de apreciación de que lógica y necesariamente dispone el juzgador¹⁰². Otro tanto sucede con la adecuación de la interpretación a las peculiaridades del caso concreto, la corrección de errores interpretativos o la adaptación del sentido de la norma a las exigencias de la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse¹⁰³.

Esa flexibilidad interpretativa a que hacemos alusión aparece como uno de los instrumentos para la adaptación del derecho a la cambiante realidad, siendo ella la que a menudo puede y suele imponer variaciones en la labor jurisprudencial¹⁰⁴; sin olvidar que la comparación se circunscribe siempre a eventuales desigualdades

⁹⁹ STS. de 28 de octubre de 1998.

¹⁰⁰ STC. 42/1993, de 8 de febrero.

¹⁰¹ STC. 63/1984, de 21 de mayo.

¹⁰² STC. 8/1981, de 30 de marzo.

¹⁰³ STC. 14/1982, de 21 de abril.

¹⁰⁴ SSTC. 103/1984, de 12 de noviembre y 63/1988, de 11 de abril.

surgidas en la aplicación de normas y no en la apreciación de otros elementos también jurídicamente relevantes. De la igualdad en la aplicación de la ley queda excluida toda propuesta de paridad en su no aplicación, que de admitirse daría lugar a una "igualdad fuera de la ley" o a la injustificada "pretensión de que la norma jurídica no se aplique a la demandante mientras no se aplique a todas las demás afectadas"¹⁶.

El control de la equidad es llevado a cabo a través de la conocida doctrina de la vinculación al precedente tanto en el ámbito judicial como en el administrativo, de forma que si alguno de estos órganos abandona el criterio que había mantenido anteriormente estará obligado a motivar la decisión que adopte¹⁷. Dicha doctrina no se aplica en ambos supuestos de igual manera: cuando el ente en cuestión tiene carácter jurisdiccional ha de ofrecer siempre para apartarse una fundamentación suficiente y razonable que justifique esa aptitud; mientras que si se trata de una Administración solamente estará vinculada por la interpretación que en el pasado ella misma haya hecho de las normas en decisiones que, siendo impugnadas, ha mantenido la jurisdicción contencioso-administrativa como válidas¹⁸.

Los pronunciamientos administrativos adquieren relevancia como precedente al ser confirmados por resolución de algún tribunal, pues en última instancia son ellos los competentes a la hora de interpretar y aplicar la legalidad ordinaria¹⁹; sin perjuicio de

¹⁶ STC. 43/1982, de 6 de julio. En términos análogos: STC. 62/1987, de 20 de mayo.

¹⁷ SSTC. 49/1982, de 14 de julio y 63/1984, de 21 de mayo.

¹⁸ STC. 48/1987, de 22 de abril. La motivación de las resoluciones administrativas desde un punto de vista histórico y del derecho comparado en: Marcos M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1995, p.66 y ss.

¹⁹ SSTC. 50/1986, de 23 de abril, 175/1987, de 4 de noviembre, 120/1988, de 20 de junio... "Es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley" (STC. 167/1995, de 20 de noviembre). "El precedente administrativo no sancionado por resolución judicial, no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial..." (ST5. de 18 de abril de 1993 (Sala 3ª, Sección 7ª).

que resulte obligatoria la motivación, con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho, de los actos procedentes de cada ente que se separen del criterio seguido en actuaciones previas (Art. 54.1.c LAP)¹⁰⁶.

Los órganos administrativos no están estrictamente vinculados por la práctica reiterada que hayan mantenido en la aplicación de textos normativos, pero sí sujetos al control de los tribunales, encargados de corregir las desviaciones producidas, no sólo en el ejercicio de potestades regladas sino también en el de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores¹⁰⁷. Pese a no existir vinculación directa, el hecho de que una administración se aparte del precedente en casos concretos puede considerarse indicio de tratos discriminatorios, falta de buena voluntad o bien de una aptitud arbitraria que iría contra los principios de igualdad ante la ley (Art. 14 CE.), interdicción de la arbitrariedad (Arts. 7 CC. y 9.3 CE.), buena fe y confianza legítima (Art. 3.1 LAP)¹⁰⁸.

Lo prohibido es el cambio arbitrario de criterios generales, expresivos de una línea jurisprudencial en el primer supuesto y que manifiesten una doctrina consolidada en el segundo¹⁰⁹, por cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de normas jurídicas que respondan al concreto supuesto planteado de manera particular y aislada, en contradicción injustificada con dichos criterios

¹⁰⁶ STS. de 15 de julio de 1996 (Sala 3ª, Sección 6ª).

¹⁰⁷ STC. 144/1988, de 12 de julio. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. Curso de Derecho administrativo I, Civitas, Madrid, 2000, p.76 y ss.

¹⁰⁸ Por ejemplo, el Tribunal Supremo consideró que el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley impide denegar la licencia de actividad a un local cuando para otro del mismo inmueble había sido concedida, alegando que se encontraba fuera de ordenación (STS. de 15 de septiembre de 1997 (Sala 3ª, Sección 5ª)).

¹⁰⁹ Francisco RUBIO LLORENTE, "La igualdad en la aplicación de la ley" en, El principio de igualdad, (Cord. Luis GARCÍA SAN MIGUEL), Dykinson, Madrid, 2000, p. 48 y ss.

generales. No opera cuando obedece a cambios normativos¹¹³ o a la corrección de errores en la aplicación de las normas¹¹⁴.

En el ámbito jurisdiccional son condiciones esenciales para apreciar la violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: Que el demandante de amparo acredite la existencia de una o varias resoluciones anteriores; que éstas hayan sido dictadas en casos idénticos por el mismo órgano judicial, a fin de que sirva o sirvan como término de comparación apto para constatar si ha existido o no trato diferenciado; que las resoluciones previas coincidan con criterios generales consolidados y que la sentencia impugnada los contradiga de manera arbitraria¹¹⁵, es decir, no razonando explícita y suficientemente su cambio de criterio¹¹⁶. Por "*fundamentación suficiente y no arbitraria*" cabe entender la que ha sido "*obtenida a través de razonamientos objetivos y generales*"¹¹⁷, si bien esta definición no deja de resultar un tanto imprecisa.

Con respecto a la consideración de en que medida resulta un cambio de criterio lo suficientemente razonado como para que permita excluir la desigualdad de trato, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece cada vez más flexible. Ha aceptado, por ejemplo, que dicha justificación tenga carácter tácito, si la lógica de la sentencia o hechos exteriores a ella permiten deducir con certeza que el juez ha sido bien consciente de lo que hacía¹¹⁸ o si resulta patente "*que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea*

¹¹³ SSTC. 70/1983, de 26 de julio y 123/1987, de 15 de julio.

¹¹⁴ STC. 151/1986, de 1 de diciembre.

¹¹⁵ STC. 108/1988, de 8 de junio.

¹¹⁶ STC. 63/1984, de 21 de mayo.

¹¹⁷ STC. 62/1987, de 20 de mayo.

¹¹⁸ SSTC. 49/1985, de 28 de marzo y 2/1991, entre otras.

*abierto por la sentencia impugnada*¹²⁰. Incluso ha admitido la validez de vacilaciones de un mismo tribunal, que oscila entre dos interpretaciones distintas de una norma¹²¹.

Esta laxitud en la exigencia de un requisito introducido por el principal intérprete constitucional curiosamente se combina con decisiones ocasionales de extremo rigor, que estiman el recurso aunque concurra justificación explícita del cambio de criterio, por haberse producido en un momento inoportuno¹²² o en el curso de un procedimiento no adecuado¹²³. Ello se justifica debido a la necesidad de corregir situaciones de injusticia notoria.

Para garantizar la independencia de los jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, cada órgano sólo resulta comparable con sí mismo¹²⁴; teniendo en cuenta que, según viene poniendo de relieve reiterada doctrina constitucional, *“las secciones de un mismo Tribunal son órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley”*¹²⁵.

Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley por órganos jurisdiccionales plurales; de hecho en tales supuestos la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la cual se busca la uniformidad de criterios no es el precedente sino la jurisprudencia de los tribunales de superior rango¹²⁶. Ello pretende constituir una forma de cohesión éste

¹²⁰ STC. 108/1988, de 8 de julio.

¹²¹ STC. 42/1993, de 8 de febrero.

¹²² STC. 119/1989, de 3 de julio.

¹²³ STC. 161/1989, de 16 de octubre.

¹²⁴ Cuando las resoluciones contradictorias son dictadas por órganos jurisdiccionales diferentes no existe desigualdad en la aplicación de la ley (SSTC. 28/1993, de 25 de enero, 324/1993, de 8 de noviembre y 23/1998, de 23 de enero entre otras).

¹²⁵ STC. 104/1996, de 11 de junio.

¹²⁶ STC. 49/1982, de 14 de julio. En términos semejantes esta doctrina fue recogida en otras sentencias, como las SSTC. 53/1982, de 22 de julio y 2/1983, de 24 de enero,

principio con el de independencia de los órganos judiciales, evitando la posibilidad de que algunos jueces deban adaptar sus decisiones a los precedentes dictados por otros, integrantes del mismo órgano.

También si se trata de entes jurisdiccionales diferentes subsiste como mandato constitucional y objetivo a alcanzar el de la igualdad de trato entre los ciudadanos, que ha de hacerse compatible con el principio de independencia, destinado a aportar ese margen de libertad que necesita todo intérprete. A modo de solución, el Tribunal Constitucional sostiene que la igualdad de trato conforma *"un objetivo a obtener a través de las vías procesales que el ordenamiento establece para unificar criterios"*¹²⁶, entre las que se encuentran el recurso de amparo y el de casación para la unificación de doctrina (Art. 96 LJCA.)¹²⁷. En otras palabras, subraya la oportunidad de abrir *"las oportunas vías de recurso, con el fin de que las eventuales divergencias puedan ser reducidas y la aplicación de la ley unificada, mediante una doctrina jurisprudencial uniforme"*¹²⁸.

Pero no hay que confundir el principio constitucional de igualdad con una supuesta sumisión del juez a la jurisprudencia de los tribunales superiores¹²⁹. De hecho esa disparidad de tratamiento, derivada de la contradicción entre varias audiencias al aplicar reglas procedimentales, sólo resulta relevante en tanto que violación de las normas legales¹³⁰ y no cuando obedezca a otros motivos.

¹²⁶ STC. 78/1984, de 9 de julio.

¹²⁷ "Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de la doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos" (Art. 96.1 LJCA.).

¹²⁸ STC. 125/1986, de 22 de octubre.

¹²⁹ STC. 41/1986, de 2 de abril.

¹³⁰ STC. 39/1985, de 11 de marzo.

La necesidad que tienen los jueces de atender a las circunstancias presentes en cada caso, junto al carácter más o menos abierto del sentido de los textos legales, explica esa pluralidad interpretativa que los diversos órganos acaban produciendo, si bien la gerarquización procesal supone un instrumento que ayuda a reducirla. Prescindiendo de esta u otras instancias de control, entre las que el respeto al precedente ocupa lugar destacado, no se favorecería en absoluto la independencia judicial, dándose vía libre a la inevitable dependencia de una subjetividad cuya eliminación resulta tan utópica como indeseable. Apoyando dicho argumento, Andrés OLLERO TASSARA afirmó que vincular al juez al precedente es obligarle a controlar sus propios prejuicios en diálogo con juicios propios y ajenos; *"así se hará más dueño de sí mismo y aumentará también la dimensión externa de su independencia, por que nada arruina más la confianza en la justicia que las apariencias de arbitrariedad en los encargados de realizarla"*¹²⁸.

4.2.4. Derecho a la igualdad de trato

El derecho a la igualdad de trato o más concretamente la prohibición constitucional de discriminar, comprendida también en el artículo 14 CE¹²⁹, proscribire toda desigualdad antijurídica; por lo que, pese a la denominación que reciben, no afecta a las discriminaciones positivas o inversas, cuyo efecto es conforme a derecho¹³⁰. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

¹²⁸ Andrés OLLERO TASSARA, Cit. p.73 y ss.

¹²⁹ Acerca del concepto de discriminación y de derecho antidiscriminatorio: M^a Ángeles BARRÉRE UNZUETA, Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres, Civitas, Madrid, 1997, p. 19 y ss. Sobre el derecho a la no discriminación o a la igualdad de trato: STC. 7/1983, de 14 de febrero.

¹³⁰ Corroborando esta afirmación, en el artículo 83 de la quizá futura Constitución Europea se recuerda que "el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado". Además según su artículo 86 "la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad".

al igual que en la de nuestro supremo intérprete constitucional, el término discriminación suele utilizarse como sinónimo del de desigualdad de trato arbitraria, injustificada o no razonable, independientemente de cual sea el criterio de diferenciación utilizado¹⁵⁴.

En un intento generalizador, cabe considerar discriminatorias a todas las actuaciones que resulten contrarias al principio de igualdad o, dicho de otro modo, se funden en distinciones hechas en base a categorías naturales o sociales arbitrarias, que no guarden relación alguna con los méritos o capacidades del individuo ni con la conducta concreta de la persona individual¹⁵⁵. Las acciones discriminatorias suelen hundir sus raíces en situaciones y creencias de otros tiempos pero muy arraigadas, que no recaen sobre el implicado por ser quien o como es sino por pertenecer a un determinado colectivo.

*"La discriminación, como tratamiento peyorativo, exige un factor de alteridad, la existencia del "otro" mejor tratado y, por ello, necesita para su consideración y enjuiciamiento un término de comparación que, por ser un hecho constitutivo de la pretensión (...) ha de ser suministrado -no sólo alegado sino probado- por quien la esgrime (...), elemento de juicio para comprobar si se da el sedicente agravio comparativo que debe venir referido a una situación jurídica concreta donde se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos (...), sin que baste una invocación abstracta genérica e indeterminada"*¹⁵⁶.

Las situaciones susceptibles de dar lugar en la práctica a acciones discriminatorias son muy variadas, por lo que el artículo

¹⁵⁴ Esta interpretación quedó ya establecida en Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de julio de 1968, relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, donde declaró que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH.) no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos, sino sólo aquellas distinciones carentes de justificación objetiva.

¹⁵⁵ MCKEAN, "equality and discrimination...", p. 25. Citado por Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y M^a Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, Cit. p.91.

¹⁵⁶ STC. 1/1997, de 13 de enero.

14 CE, tras enumerar expresamente algunas de ellas (quizá las más frecuentes), alude a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Lo que prohíbe con esta amplia fórmula generalizadora son los tratamientos diferenciados de situaciones semejantes¹²⁷ cuando no concurra una causa legítima, y ello se traduce en que cualquier motivo imaginable de desigualdad injustificada puede ser incluido en la lista del artículo 14 CE¹²⁸, como sucede con la edad¹²⁹ o las minusvalías¹³⁰.

El artículo 81.1 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa comprende un listado más extenso, haciendo alusión expresa a estos dos últimos supuestos. En dicho precepto, aún no vigente, "se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual".

Haciendo referencia a la prohibición de discriminar por razón de sexo específicamente, aunque cabría extender esta afir-

¹²⁷ STC. 26/1984, de 24 de febrero.

¹²⁸ STC. 8/1986, de 21 de enero, 121/1986, de 22 de octubre y 269/1994, de 3 de octubre.

¹²⁹ STC. 22/1981, de 2 de julio y 75/1983 de 3 de agosto.

¹³⁰ Además de prohibir la falta de igualdad real, la tutela antidiscriminatoria procura su restablecimiento y promoción una vez vulnerada. No es necesario recordar que esta devaluación de las personas llamada discriminación puede presentar muy diversos grados de intensidad: desde una difusa infravaloración, pasando por el desprecio, el odio visceral o incluso la violencia. Alfonso RUIZ MIGUEL elaboró una gradación en cuanto se refiere al nivel de gravedad que han tenido algunos de los principales supuestos discriminatorios, aunque hacer generalizaciones en este ámbito difícilmente dará lugar a resultados incuestionables. Afirma que, debido a su magnitud y efectos devastadores, los históricamente más graves son las persecuciones genocidas, seguidas muy de cerca por las de tipo religioso, ideológico o similares. Un escalafón inferior podría estar ocupado por las discriminaciones debidas a prejuicios que afectan a minorías raciales o simplemente infravaloradas y en tercer lugar alude a las desigualdades arbitrarias. Alfonso RUIZ MIGUEL, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en, El principio de igualdad, Cit, p.169 y ss.

mación a otras coyunturas, nuestro TC. ha reconocido que *"comprende no sólo la discriminación directa (...) sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan (...) un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo"*¹¹². Se entiende que existe esta última, según reza el artículo 6.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹³; *"cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras (...), siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios"*.

4.2.4.1. Medidas de igualación y discriminaciones positivas o inversas

El principal problema que plantean estas fórmulas, normalmente en España de origen público o impuestas por mandatos de dicha índole al sector empresarial, consiste en precisar unos límites que permitan saber en que punto dejan de ser compatibles con el ordenamiento jurídico o devienen arbitrarias; ya que la existencia de igualdad formal y la seguridad que comporta siguen siendo necesarias para el normal funcionamiento de un Estado de derecho. Nuestro TC. ha querido resolver la cuestión, afirmando reiteradamente que debe admitirse la constitucionalidad del trato

¹¹² STC. 240/1999, de 20 de diciembre. La primera vez que el Tribunal Constitucional utilizó el concepto de discriminación indirecta fue en la STC. 145/1991, de 1 de julio, relativa a diferencias salariales entre dos categorías profesionales: "limpiadoras" y "peones".

¹¹³ "Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución.

distinto que recaiga sobre supuestos de hecho desiguales cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real (no así en caso contrario) a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad¹⁰³.

Éstas actuaciones, que operan como medida de igualación, cumplen con un mandato constitucional reflejado en los artículos 1.1 y 9.2 CE.¹⁰⁴ y no resultan contrarias al contenido del artículo 14; pues las diferencias de trato antidiscriminatorias no son derogaciones, sino cumplimiento efectivo del mandato de no discriminar.

Las medidas de igualación positiva consisten en una serie de tratos, formalmente desiguales, orientados a lograr la igualdad real entre los ciudadanos individualmente considerados; basando tal diferencia en la situación de inferioridad económica o social en que se encuentra cada beneficiario debido a rasgos que objetivamente la determinan. Es el caso de las becas de estudios, el cobro de prestaciones no contributivas, la progresividad en el impuesto sobre la renta¹⁰⁵ y en otros tributos, la construcción de viviendas más baratas para personas con menos ingresos... El origen individual de los motivos que las causan difiere del de los rasgos que dan lugar a acciones positivas, ya que éstas últimas no determinan inequívocamente desventajas a nivel particular sino de grupo.

Digamos que a través suyo se pretende compensar la infravaloración que algunos individuos sufren, no de manera personal sino por pertenecer a un colectivo que históricamente haya sido

¹⁰³ La primera vez que el TC. declaró inconstitucional una acción positiva, aunque llamándola de otro modo, fue en sentencia 128/1987, de 16 de julio, volviendo a hacerlo en la STC. 28/1992, de 9 de marzo.

¹⁰⁴ Lucas OSORIO ITURMENDI, *Comentario a la Constitución (La jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, p.71.

¹⁰⁵ La igualdad ante la ley tributaria resulta indisoluble de los principios de generalidad, capacidad económica, justicia y progresividad enunciados en el artículo 31.1 CE. (STC. 134/1996, de 22 de julio, Fj. 5º).

objeto de infravaloración, siempre que tal desventaja aún persista. La lista de rasgos susceptibles de fundamentarlas depende de lo que cada ordenamiento estatal, local o supranacional considere como cláusulas específicas de no discriminación; si bien dos motivos habituales en los países de nuestro entorno cultural han sido y todavía son la raza y el sexo¹⁶. Un claro ejemplo de ello lo constituye el artículo 14 CE donde, junto al nacimiento, la religión y la opinión, ambas se citan de forma expresa o el también artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al reconocer que el disfrute de éstos *"debe ser asegurado sin distinción alguna (sin discriminación en la versión inglesa), especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional y social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento u otra situación"*¹⁷.

Se trata de medidas estructuralmente temporales, pues desde el momento en que el colectivo desarraigado supera la situación de inferioridad social a que estaba sometido las acciones positivas

¹⁶ Por su parte el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, dispuso en su apartado 4 que "con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales u a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

¹⁷ Como ha hecho nuestro Tribunal Constitucional (SSTC. 128/1987, de 16 de julio; 19/1989, de 31 de enero; 216/1991, de 14 de noviembre; 28/1992, de 9 de marzo; 16/1995, de 24 de enero...) el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha mostrado favorable a la admisión de medidas de discriminación positiva en materia de acceso al empleo. Por su trascendencia cabe destacar al respecto la Sentencia de 11 de noviembre de 1997, dictada en el asunto C-409/95, donde recuerda que una disposición de esta naturaleza "tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social". Puede consultarse al respecto el informe elaborado por el equipo asesor del Justicia de Aragón, fechado el 20 de junio de 2000 (Exptes. D 1-175 y 146/2000-I) sobre la conveniencia y constitucionalidad de las medidas de discriminación positiva o inversa.

dejan de tener carácter necesario y devienen inconstitucionales¹²⁸. La intensidad del trato desigual debe ser proporcional y estrictamente ajustada a los fines perseguidos mediante ellas, para no perjudicar a terceros o hacerlo en la menor medida posible y, en caso de no existir una razón suficiente que justifique las diferencias, está constitucionalmente ordenado un tratamiento igual para todos. El objeto de la redistribución consiste en procurar la inserción socio-profesional de quienes integran el grupo perjudicado sin llegar a producir un reparto artificial de los bienes que ignore la libre elección¹²⁹ y el esfuerzo de la mayoría¹³⁰, por lo que conlleva la necesidad de efectuar revisiones periódicas.

Pese a que su finalidad se centra en la búsqueda de igualdad material entre colectivos, mientras que las medidas de igualación

¹²⁸ El artículo 4.1 del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, señala que, "la adopción por los estados partes de medidas temporales especiales con el fin de acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre hombres y mujeres, no estando considerada como un acto de discriminación tal como se define en la presente convención, no debe, en modo alguno, tener como consecuencia el mantenimiento de normas de desigualdad o segregación; estas medidas deben ser suprimidas a partir del momento en que los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato se alcancen". En idéntico sentido, la STC-128/1987, de 16 de julio, establece que "tal diferencia de trato (...) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto; pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada".

¹²⁹ Según afirma Ronald DWORKIN, si aceptáramos la igualdad de recursos como mejor concepción de la igualdad distributiva, la libertad se convertiría en un aspecto de la igualdad, en lugar de ser un ideal político independiente potencialmente en conflicto con ella. Cit. p.133.

¹³⁰ Por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995, dictada en el asunto Eckhard Kalanke, declaró contrario a Derecho comunitario el Art. 4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la función pública, de 20 de noviembre de 1990. Según éste al realizarse una promoción "se concederá preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas", considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos.

positiva la promueven entre particulares, ambas funciones resultan a menudo difíciles de separar. Pensemos en las ayudas a desempleados, cuyo objeto consiste en favorecer a una colectividad muy diversa utilizando medios dispares (cursos de formación gratuitos, subsidios por desempleo, subvenciones destinadas a la creación de nuevas empresas...), en cierto modo adaptados a las circunstancias del ciudadano individual.

Un supuesto peculiar es el de las previsiones en favor de discapacitados ya que, debido a la incapacidad física, psíquica o sensorial que padecen, cierta ayuda pública les es necesaria a fin de integrarse en la sociedad individualmente, con independencia de las dificultades adicionales que puedan encontrar al formar parte de un grupo tradicionalmente infravalorado. Por ello suelen destinarse a este colectivo los dos tipos de trato preferente, muchas veces entremezclados dentro de un mismo enunciado jurídico¹⁵¹. Así sucede en el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 13 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI.), que impone a las empresas con más de 50 trabajadores la obligación de contratar al menos un 2% de discapacitados¹⁵²; puesto que tal enunciado ampara la contratación de personas incapaces de realizar el trabajo asignado al 100%, lo que la convierte en una medida de igualación positiva, y la de otras que, padeciendo también una minusvalía, están perfectamente capacitadas para hacerlo, dándose lugar a un ejemplo de las llamadas acciones positivas¹⁵³.

¹⁵¹ El artículo 8.1 LIPD. dispone Que "se considerarán medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social".

¹⁵² Este precepto ha sido objeto de modificación por las leyes 66/1997, de 30 de diciembre (DA. 39) y 50/1998, de 30 de diciembre (DA. 11), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que incorporan otras posibilidades alternativas para los empresarios.

¹⁵³ David GIMÉNEZ GLUCK, *Cit.*, p.71 y ss.

Las medidas de discriminación positiva o inversa, frecuentemente utilizadas en Europa con objeto de favorecer a dicho colectivo, no son sino un tipo de acciones positivas particularmente polémicas, ya que se materializan en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados dentro de los procesos selectivos donde es decidido el acceso a bienes escasos de la sociedad, tales como puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la administración, plazas universitarias, etc. Pensando en los no favorecidos, su inconveniente consiste en que pueden producirles un daño más directo que las otras¹⁵⁴; pues además de impedirles obtener determinados beneficios, pierden oportunidades debido a ellas para el disfrute de bienes sociales particularmente valiosos¹⁵⁵.

Con el fin de no dañar excesivamente a terceros, evitar probables disfunciones y garantizar su proporcionalidad, la mayoría de los planes de discriminación positiva, cuya constitucionalidad sólo resulta rechazable si falta objetividad en los motivos y razonabilidad en cuanto al procedimiento utilizado o los efectos perseguidos¹⁵⁶, aplican determinados correctivos. Las precauciones consisten, por ejemplo, en: prohibir que exista una excesiva diferencia entre la cualificación de los beneficiados y quienes se quedan fuera; no autori-

¹⁵⁴ En varias ocasiones, la institución del Justicia de Aragón se ha pronunciado sobre la naturaleza y el posible alcance de las medidas de discriminación positiva, concretamente al resolver un expediente en materia de acceso a Cursos de los Planes de Formación e Inserción Profesional (Expte. D I - 702/1998) afirmando que dentro del ámbito de las acciones positivas antidiscriminatorias "... se enmarca el concepto de discriminación positiva o inversa -conocida en derecho norteamericano como "reverse discrimination"-, que constituye una forma o instrumento de acción positiva especialmente incisivo que consiste en una medida diferenciadora encaminada a privilegiar a quienes pertenecen a un grupo desfavorecido, es decir, en situación de discriminación adversa. Este tipo de medida se traduce normalmente en que, el beneficio que aporta a sus destinatarios, provoca un perjuicio visible y cierto a otros ciudadanos o limita sus derechos, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas de acción positiva cuyo coste se diluye socialmente."

¹⁵⁵ Algunos ejemplos paradigmáticos de discriminaciones inversas en la jurisprudencia estadounidense en: Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 227 y ss.

zar la aplicación de planes de discriminación inversa que provoquen despidos, al tratarse de un daño demasiado gravoso; establecer plazos temporales lo suficientemente flexibles para alcanzar las cuotas pretendidas sin grandes repercusiones o aplicarlos tan solo a sectores en que la discriminación esté suficientemente probada. Sabemos que el principio de igualdad ordena tratar de manera distinta lo que es diferente, pero al mismo tiempo "exige que haya una correspondencia u proporcionalidad entre las diferencias fácticas y las jurídicas, de modo que también resulta violado cuando a una diferencia fáctica trivial se le atribuyen consecuencias jurídicas profundas"¹⁷.

4.2.4.2 Discriminación por discapacidad o minusvalía en el ámbito laboral

Como punto de partida debemos recordar que quienes integran el heterogéneo grupo de personas discapacitadas encuentran dos tipos de dificultades al intentar formar parte de un sistema socio-profesional normalizado: El primero deriva de los efectos psicosomáticos reales más o menos graves que toda deficiencia trae consigo, reduciendo o modificando su capacidad laboral; mientras que el segundo, a veces más relevante, abarca un conjunto indeterminado de reticencias y prejuicios personales o sociales, normalmente fundados en estereotipos e ideas anacrónicas, carentes de base real constatable. Esta distinción, teóricamente sencilla, no suele serlo teniendo en cuenta que a menudo ambos factores se confunden.

Cierto es, como ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencia 269/1994, de 3 de octubre (Fj. 4), que el elenco de factores

¹⁷ Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen, en juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente graves o "desirados". STS. Madrid de 19 de febrero de 1993 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).

¹⁸ STC 50/1991, de 11 de marzo.

diferenciales enunciado en el artículo 14 CE. no está cerrado y que las minusvalías pueden constituir una causa real de discriminación; pero no que todo tratamiento distinto y desfavorable resulte discriminatorio. Si discriminar consiste en proporcionar un trato perjudicial o menos beneficioso a determinadas personas o grupos sin que exista una justa causa, en base a categorías arbitrarias que no guarden relación directa alguna con sus méritos, capacidades o conducta, el hecho de que concurra un motivo lícito basta en principio para que el trato distinto deje de ser discriminatorio.

Cuando a los que desean obtener el permiso para conducir vehículos de motor se les exige un determinado nivel de visión y audición no son discriminados por ello quienes carecen del mismo, al existir sobradas razones de interés general (basadas en la conveniencia de proporcionar seguridad al tráfico rodado) que demuestran su necesidad para desarrollar esta tarea. Si a fin de conseguir el citado carné se requiriera un concreto nivel socio-económico, profesar ciertas creencias religiosas, no pertenecer a una raza determinada o votar a algunos partidos políticos, se incurriría en discriminaciones flagrantes, puesto que nada tienen que ver tales criterios con la capacidad de conducción y la seguridad pública. En caso de que el salario percibido por un trabajador minusválido resulte cuantitativamente inferior al de sus compañeros de profesión debido a la menor calidad o cantidad del trabajo que realiza no estará siendo discriminado, pero sí cuando esta reducción tenga carácter desproporcionado o derive únicamente del hecho de que el operario posea un certificado de minusvalía.

Sabemos que las conductas discriminatorias pueden ser de dos tipos: Directas e indirectas y que algunas de las normas vigentes destinadas a acabar con ellas las admiten de manera implícita. Concretamente la Directiva del Consejo de Europa 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación¹⁹, de 27 de noviembre de 2000. Afirma en su artículo 2.2 que *"existirá discriminación directa cuando*

una persona sea, haya sido o pueda ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1" (religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) e "indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

Respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica".

Creo entender que el hecho de incorporar este último párrafo obedece a la necesidad de impedir que ciertos empresarios se vean obligados a adoptar medidas excesivamente costosas o que obstaculicen su actividad productiva para favorecer la integración profesional de algunos discapacitados pero, en mi opinión, resulta totalmente innecesario. No olvidemos que el párrafo precedente ya excluye de la consideración de discriminatorios, aunque puedan ocasionar desventajas a particulares, las disposiciones, criterios o prácticas que se justifiquen objetivamente con una finalidad legítima, o cuando se hayan utilizado los medios adecuados y

* Sabido es que la transposición de esta directiva, aprobada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del tratado constitutivo de la Unión Europea que faculte al Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, para adoptar medidas contra la discriminación de las personas discapacitadas entre otras colectivas, resulta obligatoria en todos los países comunitarios, proporcionando una especie de mínimo común denominador en las políticas antidiscriminatorias de todos ellos.

necesarios; así como que el artículo 5 sólo contempla la obligación de realizar ajustes razonables y no de otro tipo. Los empresarios deben adoptar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, salvo que estas medidas les supongan una carga excesiva¹⁵⁹.

Sin aportar nada nuevo, el curioso juego de palabras comprendido en el párrafo II) del artículo 2.2.b de la Directiva puede dar lugar a confusiones, contradicciones y efectos discriminatorios: Parece ser que desde el momento en que *"el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5"*, las disposiciones, criterios o prácticas, aparentemente neutros, que puedan ocasionar una desventaja particular, no constituirán discriminaciones indirectas *"respecto a las personas con una discapacidad determinada"*.

Si discriminar en el trabajo consiste en proporcionar un trato perjudicial o menos favorable a ciertas personas o colectivos por circunstancias que les son inherentes, sin que concurra una justa causa admisible en derecho, el hecho de que ésta exista (conductas agresivas, notoria falta de rendimiento en el trabajador, gastos adicionales derivados del mismo...) es razón suficiente para que la actitud diferenciadora deje de resultar discriminatoria. Ciertamente existen motivos más que razonables para excluir a determinados minusválidos de algunas áreas del mercado laboral; pero ello no justifica el hecho de legitimar, mediante complejos artificios retóricos, la discriminación indirecta en el trabajo por razón de discapacidad como hace dicho precepto. Al no considerar discriminación

¹⁵⁹ "La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades" (Art. 5 de la Directiva 2000/78/CE).

indirecta la que en materia laboral afecta a quienes padecen "una discapacidad determinada" (no se precisa cual) cuando su Estado incorpore medidas legales pro integración, por mucho que deban resultar compatibles con el tenor literal del artículo 5, se está discriminando indirectamente a algunas personas

La citada Directiva comprende, por otra parte (artículo 10), un trascendental avance en la lucha antidiscriminatoria, consistente en invertir la carga de la prueba¹⁴. Frente al principio general de que quien alega un hecho debe probar su concurrencia, afirma que: 1) "los Estados miembros adaptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que correspondida a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta".

2) "Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante".

3) "Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales".

4) "Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicará así mismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del artículo 9".

¹⁴ En definitiva, el problema de la carga de la prueba se resume en la necesidad de determinar sobre quien recae el riesgo originado por la falta de prueba. Lo que impera no es tanto precisar quien debe demostrar en la fase probatoria como saber, a la hora de resolver la cuestión de fondo, quien debería haber probado el dato cuya constatación no se haya realizado. Las diversas soluciones que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han aportado al problema de la carga de la prueba en: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ y Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Civitas, Madrid, 2004 p. 1966 y ss.

5) "Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente".

Un nuevo ejemplo de discriminación indirecta en nuestro sistema jurídico se desprende del artículo 4.2.c del Estatuto de los Trabajadores, que también reconoce como derecho básico de éstos últimos el de no "ser discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallaren en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". Ello parece significar, pese a que la redacción de este precepto no es a mi entender correcta y puede dar lugar a interpretaciones múltiples, que si algún empresario decide no incorporar, tratar de modo menos favorable o excluir de su plantilla a alguien por considerar que no está capacitado para desarrollar una concreta actividad productiva no vulnera, al menos en principio, ningún derecho, si no que únicamente ejerce el suyo a la libertad de empresa. Pero, pese a que la falta de aptitudes físicas, psíquicas o sensoriales puede constituir causa suficiente para extinguir, modificar o no establecer una relación laboral, nunca debería serlo para discriminar, dado que ello va contra el artículo 14 de la Constitución. El hecho de que el 35.1 CE. sólo prohíba expresamente en el ámbito laboral la discriminación por razón de sexo no significa que puedan admitirse otras.

La ausencia de discriminación en las relaciones laborales supone un principio básico del Derecho del trabajo y en consecuencia el artículo 17.2 ET. considera nulos los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que las contengan, ya sea en materia retributiva, jornada o demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas o motivos sindicales, vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa y lengua dentro del territorio español. El hecho de que no incorpore los conceptos

de discapacidad o minusvalía (a mi entender debería hacerlo) en absoluto implica que resulten legítimas las discriminaciones por tales motivos.

El artículo 314 CP. dispone que *“los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley, tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses”*.

5. EL DERECHO DE ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

5.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN DERECHO ESPAÑOL

La preocupación por el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, reconocido actualmente en el artículo 23.2 CE. con arreglo a los principios de mérito, capacidad e igualdad, apareció tempranamente en nuestro constitucionalismo histórico y desde el principio estuvo sometido al requisito de la nacionalidad. A la hora de afrontar su estudio hay que tener en cuenta que la historia constitucional española se caracteriza por una especie de movimiento pendular no uniforme, fiel reflejo de las volubles circunstancias del poder, las intermitentes conquistas sociales y el enfrentamiento continuo entre diversas ideologías políticas, así como que ello fue lo que aportó una buena dosis de irregularidad a la evolución normativa de éste y otros derechos¹.

Ya en el Estatuto de Bayona (1808), carta otorgada por José Bonaparte e inspirada en los textos constitucionales napoleónicos que no llegó a tener vigencia real², se había hecho alusión al mismo

¹ Para la elaboración de esta parte del trabajo se ha utilizado una recopilación de las constituciones históricas españolas. Jorge DE ESTEBAN, *Las Constituciones de España*, Taurus, Madrid, 1988.

² Sobre el constitucionalismo histórico español en general pueden consultarse, entre otros muchos: Luis Miguel ARROYO YANES, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 35 a 56; Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936), Siglo XXI*, Madrid, 1992; Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1978 o Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986.

aunque de manera excluyente y muy limitada, afirmando que *"ninguno podrá obtener empleos públicos civiles y eclesiásticos si no ha nacido en España o ha sido naturalizado"* (Art. 141).

La exigencia de nacionalidad apareció igualmente a modo de prohibición para los extranjeros en la Constitución progresista de Cádiz (1812); al decirse allí que *"sólo los que sean ciudadanos (españoles se entiende) podrán obtener empleos municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la Ley"* (Art. 23), acceder a los puestos de *"secretario del despacho"* (Art. 223), denominación que tradicionalmente recibían los ministros, o ser miembros del Consejo de Estado (Art. 231). Esta norma paradigmática supuso un auténtico símbolo unificador de la lucha frente a los invasores en la Guerra de la Independencia y el objetivo que perseguía era ante todo solucionar los no pocos problemas de España. Su extensión (389 artículos) y rigidez pudieron hacer pensar entonces que estaba destinada a perdurar en el tiempo, pero la realidad demostró algo bien distinto y la vigencia que tuvo se caracterizó por ser reducida e intermitente³.

Los orígenes de la función pública moderna datan del primer tercio del siglo XIX, cuando comienzan a articularse distintas categorías de funcionarios en la Administración civil, siendo pionero el Ministerio de Hacienda. Así, la Real Orden de 19 de agosto de 1825 estableció una clasificación de los funcionarios, distinguiendo entre: meritorios, escribientes, oficiales y jefes. Dos años más tarde el Real Decreto de 7 de febrero de 1927, elaborado como la norma anterior por López Ballesteros (Ministro de Hacienda de Fernando VII) diseñó lo que se ha considerado un primer modelo de estatuto español de funcionarios públicos⁴.

³ La extensa y rígida Constitución de 1812 fue derogada en 1814, restablecida en 1820, nuevamente derogada en 1823, restaurada en 1826 y sustituida por otra en 1837. Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989, p. 27 y ss.

⁴ José M.^o PÉREZ GÓMEZ, *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1997, p.29 y ss.

Trasladando al tema del acceso a las funciones y cargos algo que este real decreto, sobre clasificación de empleos de la Real Hacienda, ya había previsto para "pasar de una clase a otra" una vez dentro (Art. 21)⁴, como es la exigencia de mérito y capacidad; fue en la Constitución liberal de 1837, que retomó matizando los principios esenciales de igualdad, libertad, soberanía nacional y división de poderes propios del *doce*, donde por primera vez una norma de tal rango hizo suyo este derecho. Adoptó la premisa de que "todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad" (Art. 5), trascrita literalmente en normas fundamentales posteriores y la completó con otra de carácter específico, ya que "para ser diputado se requiere ser español, del estado seglar, haber cumplido veinticinco años y tener las demás circunstancias que exige la ley electoral" (Art. 23). "Todo español que tenga estas cualidades, puede ser nombrado diputado por cualquier provincia" (Art. 24).

Quizá pretendiendo así una mejor adaptación a las diversas coyunturas políticas que facilitara su permanencia, el Texto de 1837, mucho menos extenso que el anterior, no definió con detalle el contenido de los derechos, cediendo al legislador ordinario la posibilidad, que apenas aprovechó, de hacerlo. Destacó por su flexibilidad, espíritu conciliador y escasa aplicación fáctica, puesto que desde el principio era objeto de continuas y múltiples vulneraciones⁵.

La Constitución moderada de 1845, auténtica reforma del Código precedente, volvió a hacer suya la idea de que "todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad" (Art. 5), al igual que las de 1869, 1876 y 1931. Pero, a

⁴ Este precepto dispone que "las propuestas dentro de una misma clase se harán por rigurosa antigüedad, si no mediar alguna justa causa que lo impida; pero para pasar de una clase a otra, se estará al mayor mérito y capacidad acreditada entre los que ocupen la inmediata anterior á la en que ocurre la vacante, prebiendo siempre la antigüedad en igualdad de circunstancias".

⁵ En cuanto se refiere a la Constitución de 1837. ANTONIO COLOMER VIADOL, El sistema político de la Constitución española de 1837, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.

diferencia de las dos restantes, ni en ella ni en la conservadora de 1876 (Art. 15), que estuvo vigente con relativa estabilidad hasta 1923, los constituyentes añadieron nada nuevo que ampliara, redujera o matizara el alcance de tal expresión. Para poder ser diputado sí se sumó en 1845 a los requisitos anteriormente previstos uno de tipo económico: el de *"disfrutar de la renta procedente de bienes raíces, o pagar por contribuciones directas la cantidad que la ley electoral exija"* (Art. 22).

Esa inestabilidad sociopolítica, propia de nuestro siglo XIX y de la primera mitad del XX⁷, no bastó para impedir que la repetición casi literal de preceptos en varias constituciones fuera en España un hecho relativamente frecuente, como ya reconocieron los redactores de la de 1876. Observaron que, en todos los códigos constitucionales habidos hasta entonces, eran *"la mayor parte de los artículos idénticos ordinariamente en el fondo y en la forma, y con más frecuencia todavía en el fondo, cifrándose sólo las diferencias en unas cuantas proposiciones o principios"*. Los principales cambios acaecidos en materia de derechos fundamentales no solían deberse al tenor literal de estos textos, sino a su interpretación y al posterior desarrollo normativo de que eran objeto. Un claro ejemplo lo constituyó el Real Decreto de 18 de junio de 1852, que tuvo la consideración de reglamento orgánico de las carreras de los Ministerios de Hacienda, Gobernación y Gracia y Justicia, promovido por Bravo Murillo.

Precedido del también Real Decreto de 7 de febrero de 1827 de Clasificación de empleos de la Real Hacienda, pieza clave en la reforma de López Ballesteros junto al de 3 de abril de 1828, y por algunas normas de escasa trascendencia en la materia, según fue la Real Orden de 19 de agosto de 1825⁸; el Estatuto de Bravo Murillo

⁷ Sobre la misma: Manuel TUÑÓN DE LARA, *Estudios sobre el Siglo XIX español*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1971, p. 33 y ss.

⁸ Tomás Ramón FERNÁNDEZ y Juan Alfonso SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del Siglo XIX*, Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1977 y Diego SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España* (tomo I), Editora nacional, Madrid, 1969.

supuso un punto de inflexión desde el que se empezaron a estructurar la administración española y los sistemas de acceso a puestos de trabajo en la misma. Marcó, por así decirlo, el comienzo de una nueva etapa, "fijando las bases que han de observarse para el ingreso y ascenso en todos los empleos de la administración activa del Estado".

Contra lo que hasta entonces venía sucediendo, en su preámbulo afirma que la facultad de nombrar a los empleados no es un derecho establecido a favor de particulares conveniencias, sino "un deber de difícil cumplimiento que obliga a buscar cuidadosamente las personas más a propósito para el desempeño de los cargos públicos". Con el fin de hacerlo, se elaboró una clasificación "terminante y clara"¹⁰ de los funcionarios en cinco categorías (Art. 1), estableciendo a partir de ella las diversas formas y requisitos precisos para acceder a tal condición.

El modo normal de ingreso en la carrera administrativa previsto en el Real Decreto era como aspirante a oficial (categoría 5ª), exigiéndose a tal fin, entre otras condiciones, las de "tener título académico o diploma que presuponga estudios, y la conveniente preparación, o haber obtenido calificación favorable en examen público" (Art. 13). La época en que éstas pruebas tenían lugar debía ser anunciada todos los años por cada ministerio "con la anticipación conveniente, en la Gaceta y en el boletín oficial" (Art. 15). Podían realizarse tanto en la Corte como en provincias, pero siempre "ante las personas que designen los reglamentos de cada ministerio" (Art. 14). Igualmente se preveía un sistema perfilado de calificaciones (Art. 16) y la formación de listas con los aprobados a fin de organizar la provisión de vacantes (Arts. 17 y 18).

¹⁰ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, Políticas de selección en la función pública española (1808-1978), Instituto nacional de administración pública, Madrid, 1969, p. 103 y ss.

* En el preámbulo de este Real Decreto se afirmaba que "interesa ante todas las cosas al buen orden y disciplina de los empleados, clasificarlos de una manera terminante y clara. Así cada cual sabe el lugar que ocupa en la escala administrativa, los derechos que está llamado a disfrutar, y los deberes que está encargado de cumplir".

El hoy tan frecuente sistema de oposición apareció entonces como vía ordinaria y no única de acceso a la condición de oficial (categoría 4ª), requiriéndose para participar "que el interesado haya sido aprobado de aspirante, o que haya obtenido título o diploma de capacidad con arreglo al párrafo 3º del artículo 13" (Art. 19)¹¹. Ya en ésta época las oposiciones tenían carácter público y los ejercicios debían versar sobre materias preestablecidas, "que se expresen en el respectivo programa y edicto convocatorio" (Art. 20).

Si bien es cierto que en el Real Decreto de Bravo Murillo está el origen normativo de los procesos selectivos utilizados actualmente, por aquel entonces la puesta en práctica del mismo era difícil y la prolongada vigencia que tuvo contrastó con su escasa aplicación. Al tratarse de un decreto y no de una ley, según hubiera sido preferible, se veía fácilmente afectado por normas posteriores que, con idéntico rango como los Reales Decretos de 10 de julio y 21 de octubre de 1853, 9 de agosto de 1854, 4 de marzo y 13 de julio de 1866, 27 de febrero de 1879..., modificaban, desplazaban o derogaban desordenadamente los mandatos que contenía. Además, durante la segunda mitad del siglo XIX algunas leyes presupuestarias, destacando las de 1864 (Art. 16), 1876 (Arts. 26 a 31), 1892 (Art. 32) o 1895 (Arts. 8 y 9) pretendieron regular parcialmente el tema de la función pública, a falta de una ley específica que lo hiciera.

La Constitución nuevamente progresista de 1869, cuya tormentosa vigencia apenas duró seis años, supuso una pieza clave en nuestra prolija historia constitucional, sólo superada por la francesa en cuanto al número de textos¹². Introdujo el sufragio universal masculino, la libertad de cultos y la configuración como naturales de los derechos individuales del hombre; proporcionan-

¹¹ Las vías de acceso a la condición de Jefe de Negociado (categoría 3ª) aparecen en el artículo 21 y a las de jefe de administración y jefe superior (categorías 2ª y 1ª respectivamente) en el artículo 22.

do además al de acceso a las funciones y cargos públicos un contenido mucho más explícito que el que tuvo en otras anteriores. Mantenía (Art. 27) la consideración de que *"todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad"*, añadiendo que *"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"* y que *"el extranjero que no estuviere naturalizado no podrá ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción"*. Los requisitos exigidos a quienes desearan ostentar la condición de diputado se flexibilizaron notablemente, bastando con *"ser español, mayor de edad y gozar de todos los derechos civiles"* (Art. 66).

Pese a que ya entonces se consideraba al desempeño de los empleos y cargos parte o prolongación del derecho de acceso, la figura del cesante siguió siendo en España tristemente célebre hasta bien entrado el siglo XX. Tales atisbos de liberalidad desaparecieron a partir de la restauración monárquica (1875) y prueba de ello fue la Constitución de 1876. Aunque retomó la idea de que *"todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad"* (Art. 15), entre las atribuciones regias contempló la de *"conferir los empleos civiles y conceder honores y distinciones de todas clases, con arreglo a las leyes"* (Art. 54.8), al igual que había hecho la de 1845 (Art. 45.9). En esta época nacieron varias proposiciones de ley, cuyo objetivo era regular globalmente la función pública, que no llegaron a consolidarse y el favoritismo siguió

¹⁰ La Declaración de derechos francesa de 1789 ya incluía como derecho ciudadano la admisión en términos de igualdad *"a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin ninguna otra distinción que las de sus virtudes y sus talentos"* e incluía la prohibición de discriminar (Art. 10); pero la aplicación de dichos ideales igualitarios resultó, como en España, extremadamente difícil. Sobre este y las otras formas en que históricamente se ha materializado el principio constitucional de igualdad: Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 706 y ss.

constituyendo en la práctica la forma más común de acceder a la condición de funcionario.

Desde 1899, quizá debido al desastre de Cuba y a las secuelas ideológicas que trajo consigo, van apareciendo datos normativos que reflejan una ligera tendencia al cambio, como los Reales Decretos de 6 de octubre de 1899, 18 de junio de 1900 y 15 de enero de 1901. Esa tímida preocupación naciente se incrementó sobre todo a partir de una ley, de 19 de julio de 1904, que dictó disposiciones orientadas a regular el ingreso, ascenso y separación de los funcionarios dependientes del Ministerio de Hacienda no pertenecientes a cuerpos especialmente constituidos, a la que siguieron otras similares de los distintos ministerios.

El recurso a leyes formales para regular esta materia supuso una novedad importante en derecho español, pero el dictado de tales normas departamentales ocasionó una fractura evidente con respecto a las políticas de personal, sentando las bases definitivas de la separación entre cuerpos generales y especiales¹¹. Más tarde y en la misma línea fueron aprobadas las leyes de 14 de abril de 1908, relativa al Ministerio de Gobernación; 4 de junio de 1908, del Ministerio de Fomento; 12 y 13 de agosto de 1908 y 23 de diciembre de 1915, por lo que respecta a Gracia y Justicia; 1 de enero de 1911, del Ministerio de Instrucción Pública y 30 de junio de 1914, para el personal de la presidencia del Consejo de Ministros.

Hasta que en una ley de bases de 22 de julio de 1918, denominada Estatuto de Maura¹², así como en el desarrollo reglamentario de que fue objeto (reglamento de 7 de septiembre de 1918), se forjó el segundo intento de reformar globalmente la Administración y función pública, después del que promovió Bravo Murillo en 1852. Esta nueva regulación estuvo principal-

¹¹ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Cit.*, p. 190 y ss.

¹² Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 43 y ss.

mente destinada a incrementar las retribuciones económicas de los funcionarios, que habían quedado obsoletas, garantizar su inamovilidad⁴ y mejorar los sistemas de acceso, generalizando el de oposición⁵. Dicho estatuto comenzó a aplicarse con normalidad pero algunos preceptos se congelaron, otros vieron aplazada su entrada en vigor y muchos de ellos sufrieron excepciones continuas. Poco a poco se inició un lento proceso que acabó desvirtuándolo paulatinamente, aunque hasta el 7 de febrero de 1964, con la aprobación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE.), ni ella ni el reglamento fueron derogados.

También durante la dictadura de Primo de Rivera (1923-1929) aparecieron varias normas relativas a la función pública, pero no destacaron en ningún sentido. Comenzó en esta época un periodo oscuro de quiebra del Estado que condujo a la Guerra Civil, a cuyo término fue preciso empezar de nuevo y reconstruir por entero el edificio administrativo⁶.

Un salto cualitativo, que no llegó a repercutir considerablemente en la tan deteriorada estructura administrativa de entonces, se plasmó en el artículo 40 de la Constitución republicana de 1931, al reconocer que *"todas los españoles, sin discriminación de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen"*. Cabe pensar que el

⁴ A través de dicha norma se pretendió incrementar la estabilidad en el empleo público, condicionando las cesantías a la previa instrucción de un expediente gubernativo con audiencia del interesado, y si éstas se acordaban por conveniencias del servicio, a la publicación del cese en la Gaceta, comunicación a las Cortes y cobertura de la vacante producida por rigurosa antigüedad. Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p.417.

⁵ La ley de bases citada y el reglamento que la desarrolla, de 7 de septiembre de 1918, diseñan una estructura aplicable en principio a toda la administración del Estado, clasificando a los funcionarios en escalas, categorías y clases, así como estableciendo las formas de ingreso en cada una de ellas. *Ibidem*, p.228 y ss.

⁶ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, "La administración del Estado a lo largo del siglo XX", en REIDA. Núm. 109, (enero-marzo 2011), p. 5 y ss.

principal objetivo de quienes elaboraron esa norma consistió en ampliar los derechos ciudadanos, recogiendo algunas de las aspiraciones sociales entonces más extendidas que otros textos anteriores no comprendían, como fue la igualdad entre ambos sexos, y asegurando el cumplimiento de todos los derechos fundamentales¹⁶. El tránsito de la simple declaración a la efectividad de los mismos tuvo lugar en ella debido a la normatividad concreta de cada bien jurídico protegido y al nuevo sistema de recursos previsto, que culminaba con la facultad de interponer el de amparo ante un Tribunal llamado de garantías constitucionales (Art. 121.b). A nivel legislativo, hubo en la segunda república varios intentos de reforma que no prosperaron.

Sin llegar a ser parte de una constitución en sentido estricto, dos de las siete Leyes fundamentales franquistas contuvieron preceptos alusivos al tema. Concretamente en el Fuero de los españoles (1945) se reconoció 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"*; incorporando así mismo la conocidísima afirmación de que *"todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad"* (Arts. 10 y 11 respectivamente)¹⁷. Y en la Ley de principios del movimiento nacional (1958) (apartado VIII) se reiteró esto último, afirmando literalmente que *"todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad"*.

Existió un Reglamento de Oposiciones y Concursos, aprobado por decreto de 10 de mayo de 1957, pero la verdadera reforma no tuvo lugar hasta 1964, cuando entró en vigor la Ley de

¹⁶ La instauración del sufragio universal masculino en la Constitución de 1869 estuvo lejos de ser definitiva; de hecho desapareció en 1878, reapareció en 1890, volvió a extinguirse con la dictadura de Primo de Rivera y surgió de nuevo, junto al femenino por fin, en la segunda república.

¹⁷ Jordi SOLÉ TURA y Eliseo AJA, Cit. p.100 y ss.

Funcionarios Civiles del Estado aún hoy parcialmente vigente²⁰. En desarrollo de ese Texto Articulado fue también confeccionado un Reglamento para el Ingreso en la Administración Pública, de 27 de junio de 1968²¹.

Concluyendo y según señala PULIDO QUECEDO²², la regulación de los cargos y empleos públicos, al igual que del acceso a los mismos, ha ido en estos dos últimos siglos ligada siempre con alguna de las preocupaciones más sentidas de cada momento histórico. Así, por ejemplo, en la Constitución isabelina de 1837 y en su forma de entender este derecho, destacó el interés por proteger la igualdad ante la ley entendida al modo liberal burgués, proscribiendo las "pruebas de limpieza de sangre" y las discriminaciones por razón del nacimiento o condición social propias del antiguo régimen. Los constituyentes de 1869 pretendieron ante todo evitar las que tenían lugar por motivos religiosos y los de 1931 poner fin a las de carácter sexual, que tradicionalmente habían excluido a las mujeres del desempeño de determinados puestos en la Administración.

En su regulación mediante leyes y decretos se advierte además un interés creciente por organizar los empleos y cargos, aportar estabilidad a quienes los ocupan, así como garantizar la neutralidad política de estos en el ejercicio de sus tareas.

²⁰ Una de las principales novedades que el mencionado Texto introdujo consistió en romper la exclusividad del sistema de función pública, admitiendo otras formas de vinculación del personal con la Administración distintas de la relación funcionarial. Así aparecen los funcionarios eventuales o de confianza política, los contratados en régimen de Derecho administrativo y los sujetos al régimen laboral. Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Cit.* p.419.

²¹ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en materia de concursos y oposiciones a partir de los años veinte: José Antonio TARDÍO PATO, *Control Jurisdiccional de Concursos de Méritos, Oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, p.53 y ss.

²² Manuel PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992, p. 43 y ss.

5.2. FORMAS DE EMPLEO PÚBLICO Y REQUISITOS PARA ACCEDER A ELLAS.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE.), aprobada el 7 de febrero de 1964, reconoció tres modalidades distintas de vínculos jurídico-laborales entre Administración y trabajadores del sector público²³. Concretamente sostiene que estos últimos pueden ser: funcionarios de carrera, funcionarios de empleo o simplemente estar contratados²⁴.

La expresión "funcionarios de carrera" hace referencia a "los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado" (Art. 4 LFCE.), Comunidades Autónomas o Entidades locales; mientras que el concepto "funcionarios de empleo" es utilizado para designar otras dos clases de personal (funcionarios interinos y eventuales), ninguna de las cuales tiene trabajo fijo.

Dentro de esta modalidad, son funcionarios interinos los "que por razones justificadas de necesidad y urgencia (al tratarse de conceptos jurídicamente indeterminados sólo la Administración, a través de su potestad organizatoria puede decidir en cada supuesto si efectivamente concurren), en virtud de nombramiento legal y siempre que existan puestos dotados presupuestariamente, desarrollan funciones retribuidas por las Administraciones Públicas en tanto no sea posible su desempeño por funcionarios de carrera y permanezcan las razones de

²³ Además de los entes administrativos en sentido estricto, del sector público también forman parte los organismos autónomos, las empresas públicas con forma jurídico-mercantil, así como las entidades públicas empresariales. Éstas últimas son organismos creados bajo la dependencia y vinculación de las administraciones en régimen de descentralización funcional (Art. 41 LOFAGE.), se ajustan al principio de instrumentalidad (Art. 44 LOFAGE.) y su personal es seleccionado mediante convocatorias públicas, basándose en los principios de igualdad, mérito y capacidad (Art. 55.2.b) LOFAGE).

²⁴ El artículo 89 LRBRL. dispone que "el personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial".

necesidad y urgencia" (Art. 5.2 LFCE.)²⁵. Su nombramiento tiene lugar conforme a los principios de mérito y capacidad²⁶, siendo cesados: a) cuando la plaza ocupada interinamente se provea por funcionario de carrera; b) en caso de extinguirse el derecho a la reserva del puesto de trabajo del funcionario sustituido; c) cuando por causas sobrevenidas la plaza resulte amortizada y d) si la Administración considera que ya no existen esas razones de necesidad o urgencia que motivaron la cobertura interina²⁷.

De nombramiento y cese discrecional, los funcionarios eventuales desempeñan cargos de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios de carrera. Quienes ocupan tales puestos pierden su empleo automáticamente al cesar en el cargo político la persona que les designó y los servicios prestados no constituyen mérito alguno para acceder a la función pública o promocionarse una vez dentro (Art. 20.2 LMRFP).

La existencia de personal laboral supone un hecho muy común en las Administraciones actualmente²⁸, pese a que la regla

²⁵ El artículo 89 LRBRLL dispone que "el personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial".

²⁶ Al respecto puede consultarse la Orden 1461/2002, de 6 de junio, del Ministerio de Administraciones Públicas, que desarrolla el artículo 27 RDIIPT, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento de personal funcionario interino.

²⁷ En cualquier caso las plazas ocupadas por funcionarios interinos, nombrados atendiendo a razones de necesidad y urgencia, deberán incluirse en la oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia durante un año del interino en su puesto, exceptuando las cubiertas para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

²⁸ La vinculación laboral con las Administraciones de personal no funcionario admitió inicialmente en la LFCE, tres modalidades: Podía articularse mediante contratos para la realización de trabajos específicos y de carácter extraordinario o urgente; a través de contratos de colaboración especial en las tareas de la respectiva dependencia administrativa en consideración al volumen de la gestión encomendada o recurriendo a contratos laborales, donde resultaba plenamente aplicable el Derecho del trabajo. Todas estas formas de acceso se han mantenido en la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública de 1984, excepto la contratación temporal en régimen de Derecho

general, al menos en la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como en los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social²⁹, consiste en que las tareas sean realizadas por funcionarios (Art.15.1.c) LMRFP.)³⁰. Hay dos especies o tipos: laboral fijo, que se selecciona mediante oposición, concurso o concurso-oposición y cuya admisión definitiva queda opcionalmente subordinada a la superación de un periodo de prácticas (Arts. 28 a 35 RGIPP.)³¹ y laboral de duración determinada, contratado pensando en desarrollar los trabajos que no pueda atender aquél "*previo informe favorable de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda*" (Art. 35 RDIPP.).

Según afirma nuestro Tribunal Constitucional el artículo 23.2 CE. protege sólo el acceso a puestos representativos y funcionariales, dejando fuera la contratación de personas sometida al derecho laboral³², pero ello no excluye la necesaria concurrencia del princi-

²⁹ En las Comunidades Autónomas resulta aplicable lo que sus leyes sobre función pública determinen y en la Administración local lo dispuesto en el artículo 92.2 LRBRL).

³⁰ El Art. 15.1.c) LMRFP, modificado por Ley 23/1988, de 28 de julio, a raíz de la STC. 99/1987, de 11 de junio y al que la Ley 42/1994 incorporó un nuevo supuesto, determina que puestos de trabajo pueden desempeñarse mediante personal laboral, pues la regla general es que se ocupen por funcionarios. Esta última ley introdujo una fórmula para normalizar la situación en que se encontraba parte del personal laboral tras reformarse dicho artículo, que limitó a funciones concretas la existencia de contratos de trabajo en las Administraciones Públicas, añadiendo una Disposición Adicional 15ª a la LMRFP. Es lo que se ha llamado funcionarización del personal laboral.

³¹ Según el artículo 103 LRBRL, "el personal laboral será seleccionado por la propia Corporación atendiendo, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos". El RGIPP dedica su Título II a regular el procedimiento selectivo del personal laboral, siendo éste muy similar al previsto para los funcionarios. La regulación detallada del destinado al personal laboral fijo, en el marco de una normativa esencialmente funcionarial, impone la aplicación del Derecho administrativo en la fase previa a la formalización del contrato. Las irregularidades que afecten a estos actos separables serán enjuiciadas, si llega el caso, por la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

pio de igualdad en estas relaciones contractuales, ni de otros constitucionalmente comprendidos. De hecho la Administración se encuentra directamente vinculada por el contenido del artículo 14 CE, sin olvidar su sometimiento pleno a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía... así como a la Ley y al Derecho³³.

Pese a no estar reconocido expresamente en nuestra Carta Magna, cabe deducir la existencia de un derecho implícito a acceder en condiciones de igualdad a los puestos de trabajo que ofrecen las distintas Administraciones conforme a los principios de mérito y capacidad³⁴. En consecuencia el Art. 19.1 LMRFP establece que *"las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad"*. Y en términos análogos el Art. 91.2 LRBRL determina que *"la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-*

³³ Sobre la contratación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, entre otros muchos: M^o José ROMERO RÓDENAS, *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1998, p. 71 y ss. o Josefa CANTERO MARTÍNEZ, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p.373 y ss.

³⁴ STC. 281/1993, de 27 de septiembre. Mónica MOLINA GARCÍA, el contrato de trabajo en el sector público, Comares, Granada, 2000, p.141 y ss.

³⁵ En opinión de Francisco PUERTA SEGUIDO, entre otros autores que él cita, la interpretación del TC. resulta excesivamente rígida considerando que desde la óptica del acceso al servicio de las Administraciones Públicas y por la evidente conexión del principio de igualdad proclamado en el artículo 23.2 CE. con los de mérito y capacidad comprendidos en el 103.3, resultaría deseable una mayor flexibilidad en la interpretación constitucional dando acogida, en el ámbito de aplicación del artículo 23.2, no sólo a los funcionarios sino también al personal laboral contratado por las Administraciones. Francisco PUERTA SEGUIDO, *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p.55 y ss.

oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

El Art. 23.2 CE. hace referencia únicamente a los cargos públicos y funcionarios de la Administración. Teniendo en cuenta que éstos últimos "*son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo*" (Art. 1 LFCE.)⁵⁵, quedan fuera los trabajadores sujetos al Derecho Laboral, pese a que también desarrollan funciones públicas remuneradas con cargo a los presupuestos generales; pero este artículo sólo contiene una de las múltiples manifestaciones que adopta el principio de igualdad, sin perjuicio de que existan algunas más.

Otro aspecto a considerar, consiste en que no todos los órganos administrativos funcionan de manera idéntica en materia de personal. Por ejemplo ciertas peculiaridades, incorporadas en las leyes 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y 42/1999, de 25 de noviembre, de la Guardia Civil, presenta el régimen jurídico de la profesión militar; así como el aplicable a los funcionarios de policía estatal, autonómica y local, que han recibido un tratamiento separado de la legislación general de funcionarios mediante Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁵⁶.

También en administraciones públicas trabaja el personal al servicio de órganos constitucionales, como el Consejo General del

⁵⁵ En el ámbito de la Administración local "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función" (Art. 92.2 LRBRL.).

⁵⁶ M^o Nieves GARCÍA GONZÁLEZ y José Enrique HERNÁNDEZ SANZ, Relaciones de empleo, trabajo y Seguridad Social en el sector público, Tecnos, Madrid, 1999, p. 26 y ss.

Poder Judicial, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas del Reino; siéndole aplicable, pese a que todos ellos poseen estatutos particulares, la legislación general de funcionarios con carácter supletorio (Art. 15 LMRFP).⁷ Debido a su importancia numérica, dentro de este subgrupo cabe destacar el personal al servicio del Poder Judicial: jueces y magistrados de una parte y por otra el que se encuentra integrado en la Administración de Justicia (fiscales, secretarios judiciales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes)⁸.

A caballo entre las profesiones liberales y los funcionarios propiamente dichos, se encuentran otras categorías que Ramón PARADA denomina "*profesiones oficiales*", como los notarios y registradores de la propiedad. Nombrados por el Estado y seleccionados normalmente a través de oposiciones, no son retribuidos a cargo de los presupuestos públicos sino directamente por quienes demandan sus servicios, mediante aranceles aprobados reglamentariamente.

5.3. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

Es de sobras conocido que la valoración del mérito y capacidad a que hace referencia el artículo 23.2 CE, suele realizarse mediante uno de estos tres sistemas: oposición, concurso o concurso-oposición.

⁷ A las exigencias establecidas mediante ley hay que añadir la regulación de detalle contenida en los reglamentos. De entre ellos cabe destacar el RGIPP, aplicable a los procedimientos de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos incluidos en el ámbito de aplicación de la LMRFP, así como a la provisión de puestos de trabajo, promoción interna y carrera profesional de tales funcionarios y la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas 1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento del personal funcionario interino, que desarrolla el contenido del artículo 27 RGIPP.

⁸ La regulación básica de estos empleos aparece en la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, en la 50/1981 y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, desarrollados por diversos Reglamentos.

oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad".

El Art. 23.2 CE. hace referencia únicamente a los cargos públicos y funcionarios de la Administración. Teniendo en cuenta que éstos últimos "son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo" (Art. 1 LFCE.)³⁵, quedan fuera los trabajadores sujetos al Derecho Laboral, pese a que también desarrollan funciones públicas remuneradas con cargo a los presupuestos generales; pero este artículo sólo contiene una de las múltiples manifestaciones que adopta el principio de igualdad, sin perjuicio de que existan algunas más.

Otro aspecto a considerar, consiste en que no todos los órganos administrativos funcionan de manera idéntica en materia de personal. Por ejemplo ciertas peculiaridades, incorporadas en las leyes 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y 42/1999, de 25 de noviembre, de la Guardia Civil, presenta el régimen jurídico de la profesión militar; así como el aplicable a los funcionarios de policía estatal, autonómica y local, que han recibido un tratamiento separado de la legislación general de funcionarios mediante Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad³⁶.

También en administraciones públicas trabaja el personal al servicio de órganos constitucionales, como el Consejo General del

³⁵ En el ámbito de la Administración local "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función" (Art. 92.2 LRBRL-1).

³⁶ M^a Nieves GARCÍA GONZÁLEZ y José Enrique HERNÁNDEZ SANZ, Relaciones de empleo, trabajo y Seguridad Social en el sector público, Tecnos, Madrid, 1999, p. 26 y ss.

Poder Judicial, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas del Reino; siéndole aplicable, pese a que todos ellos poseen estatutos particulares, la legislación general de funcionarios con carácter supletorio (Art. 15 LMRFP.)⁷. Debido a su importancia numérica, dentro de este subgrupo cabe destacar el personal al servicio del Poder Judicial: jueces y magistrados de una parte y por otra el que se encuentra integrado en la Administración de Justicia (fiscales, secretarios judiciales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes)⁸.

A caballo entre las profesiones liberales y los funcionarios propiamente dichos, se encuentran otras categorías que Ramón PARADA denomina "*profesiones oficiales*", como los notarios y registradores de la propiedad. Nombrados por el Estado y seleccionados normalmente a través de oposiciones, no son retribuidos a cargo de los presupuestos públicos sino directamente por quienes demandan sus servicios, mediante aranceles aprobados reglamentariamente.

5.3. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

Es de sobras conocido que la valoración del mérito y capacidad a que hace referencia el artículo 23.2 CE. suele realizarse mediante uno de estos tres sistemas: oposición, concurso o concurso-oposición.

⁷ A las exigencias establecidas mediante ley hay que añadir la regulación de detalle contenida en los reglamentos. De entre ellos cabe destacar el RGIPP, aplicable a los procedimientos de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos autónomos incluidos en el ámbito de aplicación de la LMRFP, así como a la provisión de puestos de trabajo, promoción interna y carrera profesional de tales funcionarios y la Orden del Ministerio de Administraciones Públicas 1461/2002, de 6 de junio, por la que se establecen las normas para la selección y nombramiento del personal funcionario interino, que desarrolla el contenido del artículo 27 RGIPP.

⁸ La regulación básica de estos empleos aparece en la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, en la 50/1981 y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, desarrollados por diversos Reglamentos.

Además de por garantizar la selección de los candidatos más idóneos, el primero se justifica en el hecho de que para ser funcionario no basta con haber adquirido los conocimientos propios del sistema educativo general, sino que también resultan precisos otros mucho más específicos, cuya obtención corre a cargo de cada opositor. Pese a las fundadas críticas que a menudo recibe⁹, cabe afirmar que constituye un método lo suficientemente bueno para garantizar la valía profesional de quienes finalmente resultan escogidos, pues la Administración convocante es libre al confeccionar los programas y pruebas, marcando el nivel de exigencia que crea necesario para llevar a cabo las funciones propias del puesto ofrecido. Actualmente este procedimiento, que consiste en celebrar uno o varios ejercicios orales o escritos para determinar la capacidad y el mérito de los aspirantes, fijando además su orden de prelación, predomina como forma inicial de ingreso en la carrera funcionarial, frecuentemente seguido por algún curso de formación complementario y/o periodo de prácticas.

Si el de oposición supone un cauce adecuado para seleccionar entre colectivos numerosos el de concurso, donde en vez de haber exámenes son comparados los títulos y experiencias profesionales documentadas de quienes participan, parece el método

⁹ Entre las diversas críticas que ha recibido el sistema de oposición cabe destacar:

Que se reduce a un examen de conocimientos supuestamente necesarios para la tarea, formulados en un programa y desvinculados de cualquier prueba que permita valorar las aptitudes reales de los aspirantes.

Su impersonalidad, en pro de la pretendida objetividad en la selección, impide valorar otras aptitudes que no sean, en la mayoría de los casos, la memoria mecánica de los opositores. Esta es una de las aptitudes, probablemente la más notable, que garantizan el éxito en la preparación de las pruebas. La memoria, la resistencia física y psicológica necesarias para superar el esfuerzo que exige la preparación de las oposiciones, la expresión fácil y brillante, el conocimiento de la técnica de la oposición, la seguridad en sí mismo y la audacia ante situaciones difíciles son las mejores armas, aunque no las únicas, para hacer frente a procesos selectivos de esta naturaleza.

Es frecuente que las convocatorias exijan o se remitan a programas con contenidos y materias que, sobre todo en los cuerpos y escalas inferiores, poco tienen que ver con las futuras tareas que deben desempeñar los seleccionados. FRANCISCO PUERTA SEGUIDO, cit. p. 153 y ss.

más apropiado al decidir que funcionarios deberán obtener ciertas plazas singulares y muy específicas. El principal problema derivado de dicha fórmula consiste en determinar objetivamente esos criterios y baremos que marcan la selección, dado que los concursantes ya trabajan en la entidad oferente, siendo a menudo sus currículums de sobras conocidos por quienes los elaboran.

En términos semejantes a los que utiliza el Art. 20.1.a) LMRFP con respecto a la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, el 99.1 LRBRL establece para la administración local que *"el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo, y en él se tendrán en cuenta los méritos generales, entre los que figuran la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad, así como los méritos específicos adecuados a las características del puesto..."*; pero el valor que cada uno de estos aspectos reciba dependerá del órgano convocante⁴⁰.

La Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública no muestra preferencia alguna entre las distintas fórmulas, limitándose a afirmar que *"las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad"*; precisando a continuación que los *"procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan*

⁴⁰ El concurso "constituye el sistema normal de provisión y en él se tendrán únicamente en cuenta los méritos exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figuran los adecuados a las características de cada puesto de trabajo, así como la posesión de un determinado grado personal, la valoración del trabajo desarrollado, los cursos de formación y perfeccionamiento superados y la antigüedad" Art. 20.1.a) LMRFP).

de desempeñar, incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas" (Art. 19.1).

El Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (RGIPP), aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, reduce esta indeterminación al imponer el sistema de oposición como regla general para la selección del personal funcionario, salvo cuando, dependiendo de las tareas a desarrollar, resulte más adecuada la utilización del concurso-oposición y excepcionalmente del concurso (Art. 4.1)⁴¹. Con respecto al personal laboral fijo, los procedimientos selectivos también han de ser estos tres (oposición, concurso-oposición y concurso), prevaleciendo el primer sistema, y todas las convocatorias deben someterse igualmente a lo previsto en el Título I RGIPP, para los funcionarios (Art. 29).

Otro procedimiento factible, aunque sólo cuando se trata de escoger entre estos últimos, es el de libre designación. Mediante él pueden cubrirse aquellas plazas *"que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones"* (Art. 20.1.b) LRRL). Sólo cabe para determinados empleos⁴² y *"se realizará previa convocatoria pública, en la que, además de la descripción del puesto y requisitos para su desempeño contenidos en la relación de puestos de trabajo, podrán recogerse las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo"* (Art. 52 RGIPP).

⁴¹ El RGIPP desarrolla los sistemas de ingreso para todo el personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, ya sea funcionario, laboral fijo o temporal; mientras que lo establecido en él para la promoción interna y provisión de puestos tan sólo afecta a los funcionarios civiles del Estado. Este reglamento dedica su título V a la selección de personal laboral fijo y temporal, señalando requisitos mínimos en cuanto al régimen de las convocatorias, los órganos selectivos, las solicitudes y anuncios de las pruebas, la propuesta de aprobados, la adquisición de la condición de personal fijo, la reserva de plazas para discapacitados y la contratación de personal laboral no permanente (Arts. 28 a 35 RGIPP).

Los nombramientos tienen lugar "previo informe del titular del centro, organismo o unidad a que esté adscrito el puesto de trabajo a cubrir" y si recaen sobre "un funcionario destinado en otro departamento, se requerirá informe favorable de éste. De no emitirse en el plazo de quince días naturales se considerará favorable" (Art. 54.1 RG(PP), por lo que cabe deducir que existe una especie de presunción general de capacidad y mérito salvo prueba en contrario; incluso si el informe fuera desfavorable podría autorizarse el nombramiento".

5.3.1. Las convocatorias, normas básicas que regulan cada proceso selectivo

El dogma de que las bases de cada convocatoria constituyen una especie de Ley destinada a regir el proceso selectivo al que da forma, así como el de que si éstas no han sido impugnadas en tiempo y por los cauces precisos se entienden firmes y consentidas, aparecen tradicionalmente en nuestra jurisprudencia¹⁴, pero no cabe interpretar literalmente sus significados. Resulta obvio que las convocatorias no son leyes en sentido formal sino actos administrativos generales o con pluralidad de destinatarios, cuyas bases "vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de

¹⁴ Mediante este sistema, cuya utilización en el ámbito estatal corresponde a los Ministros y Secretarios de Estado, sólo pueden cubrirse los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores territoriales, provinciales o comisionados de los Departamentos ministeriales, de sus Organismos Autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Secretarías de Altos Cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o especial responsabilidad que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo (Arts. 20 1.b) LMREF y 51 RG(PP).

¹⁵ "Prima autorización del Secretario de Estado para la Administración Pública." (Art. 54.1 RG(PP)).

¹⁶ Pueden citarse, entre otras, las SSTS. de 22 de abril de 1908, 13 de febrero de 1912, 21 de octubre de 1930, 31 de marzo de 1931, 27 de abril de 1935, 30 de junio de 1936, 1 de junio de 1942, 29 de octubre de 1946, 18 de diciembre de 1946, 27 de marzo de 1949, 2 de junio de 1949, 11 de octubre de 1971, 31 de marzo de 1975, 21 de junio de 1976, 13 de abril de 1977 y 2 de abril de 1979. José Antonio TARDÍO PATO, Control constitucional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos, Civitas, Madrid, 1986, p. 55.

Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas" (Art. 15.4 RGIPP).

Como cualquier otra actuación administrativa, están sometidos a los principios constitucionales de legalidad, igualdad, jerarquía normativa... y su carácter reglado hace que todas ellas deban comprender al menos una serie de circunstancias: Número y características de las plazas convocadas; órgano al que han de dirigirse las solicitudes; condiciones o requisitos a reunir por los aspirantes; sistema selectivo (con méritos, en su caso, susceptibles de tenerse en cuenta); designación del Tribunal calificador o Comisión Permanente de Selección; programa que ha de regir las pruebas o indicación del BOE. en que se haya publicado con anterioridad; duración máxima del proceso de celebración de los ejercicios; orden de actuación de los aspirantes; declaración expresa de que no se podrá considerar superado el proceso por un número de candidatos superior al de plazas convocadas; así como el sistema de calificación y determinación, si procede, del centro u órgano responsable de la evaluación del periodo de prácticas o curso selectivo (Art. 16 RGIPP).

Destinadas a iniciar y concretar los rasgos de cada procedimiento, las convocatorias y sus bases *"una vez publicadas solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"* (Art. 15.5 RGIPP.), al igual que sucede con los demás actos administrativos. El hecho de considerar sus estipulaciones firmes y consentidas cuando no hayan sido impugnadas debidamente en absoluto supone una excepción a la regla general.

5.3.2. La discrecionalidad técnica como instrumento de valoración

Un primer aspecto a destacar es que no existe la discrecionalidad administrativa absoluta, pues el ejercicio de las potestades

siempre está delimitado por el derecho⁴⁵, aunque con distinta concreción dependiendo de las materias afectadas. Cuando los fines a que debe dirigirse la actuación administrativa y las decisiones que puede legítimamente adoptar, en su función de servicio a los intereses generales, están predeterminados en la norma, las potestades quedan vinculadas a las previsiones de dicha regulación y se denominan regladas. Si, por el contrario, a los entes administrativos les está permitido definir su propia política de actuación y optar, dentro del marco de la legalidad, entre diversas decisiones válidas e indiferentes para el ordenamiento, estaremos ante una potestad discrecional.

Pese a que definir el concepto de discrecionalidad administrativa sigue siendo actualmente una tarea compleja que la doctrina no resuelve de manera unánime⁴⁶; es comúnmente aceptado que consiste en la facultad, legalmente establecida para concretos órganos administrativos, de adoptar decisiones en un margen de libre apreciación, no vinculadas jurídicamente. El hecho de que

⁴⁵ Pueden citarse, entre otras, las SSTs. de 22 de abril de 1908, 13 de febrero de 1912, 21 de octubre de 1930, 11 de marzo de 1931, 27 de abril de 1935, 10 de junio de 1936, 1 de junio de 1942, 29 de octubre de 1946, 10 de diciembre de 1946, 17 de marzo de 1949, 2 de junio de 1949, 11 de octubre de 1971, 31 de marzo de 1975, 22 de junio de 1976, 13 de abril de 1977 y 2 de abril de 1979. José Antonio TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 55.

⁴⁶ Como destaca MUÑOZ MACHADO haciendo referencia a la delimitación legal de las potestades administrativas; "la discrecionalidad o libertad de opción de un órgano se concentran siempre en un pequeño espacio que, como si fuera el agujero de una rosquilla (R. DWORKIN) está completamente rodeado de normas y principios que determinan sus límites". "De este modo, competencias definidas con cierta amplitud por las leyes específicas, pueden verse muy reducidas por las regulaciones de otros sectores, o por la necesidad de respetar principios generales". Santiago MUÑOZ MACHADO, *Cit.*, p.506 y ss.

⁴⁷ Algunas concepciones filosóficas esenciales sobre el concepto de discrecionalidad, concretamente las elaboradas por Kelsen, Hart, Dworkin y MacCormick, en: Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, p.37 y ss.

estas resoluciones tengan lugar con arreglo a criterios valorativos en absoluto implica que puedan ser arbitrarias o irracionales, al resultar necesario que los argumentos aportados como justificación presenten cierto nivel de coherencia y que antes de adoptarlas se observen varios requisitos formales. La existencia de potestad discrecional faculta a los entes públicos para decidir, pero no les concede libertad absoluta⁴⁷.

Una cuestión importante al intentar describir en qué consiste dicha potestad, caracterizada según señala GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁸ por la pluralidad de soluciones justas posibles, radica en diferenciarla de la noción de arbitrariedad que designa el fruto de un simple capricho⁴⁹.

Prohibida expresamente para los poderes públicos en el artículo 9.3 CE, ésta última responde a una mera voluntad de los administradores, mientras que el ejercicio de la primera requiere necesariamente respaldo de alguna fundamentación que la sostenga. Ambas constituyen "*conceptos antagónicos*"⁵⁰ que "*nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mien-*

⁴⁷ "La potestad discrecional es un concepto un tanto equivoco, pues, aunque se deriva de la Ley (Art. 54. f) LAP), resulta dudosa su existencia jurídica. Más bien habría que referirse a la "discrecionalidad" que hay en el seno de las potestades regladas. Y es que, en efecto toda potestad es, por principio, "reglada". José BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico*, Egido, Zaragoza, 2002, p.207 y ss.

⁴⁸ Si, por ejemplo, un Ministro tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría pasándolos a la inmediatamente superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a unos como a otros y por ello existe libertad de decisión, procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por tal motivo no pueden jurídicamente ser fiscalizados. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, p. 35 y 36.

⁴⁹ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la arbitrariedad como un "acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho".

⁵⁰ STS. de 21 de noviembre de 1985.

*tras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad"*⁵¹.

La motivación es "no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos"⁵² y en caso de que no exista el único apoyo de la decisión, insuficiente en un Estado de Derecho, será la sola voluntad de quien opta por ella. Sin embargo en ciertas ocasiones, como consecuencia inevitable del masificado tráfico administrativo, ésta puede resultar sucinta⁵³ o incluso tácita. El alcance de la necesidad de motivar varía dependiendo del asunto en cuestión, de las concretas circunstancias que lo rodean y, por supuesto, de la norma que habilita o crea el poder de actuar.

Las autoridades administrativas no cuentan con poderes discrecionales para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino sólo respecto a las determinadas legalmente. Pueden disponer de mayor o menor libertad para decidir que solución consideran más apropiada, pero este "derecho a escoger" nunca resulta ilimitado. De hecho su otorgamiento por Ley tiene lugar considerando intereses generales y atendiendo a razones de utilidad pública que no son propios del órgano destinado a ejercerlo⁵⁴.

Además todo acto discrecional ha de llevarse a cabo conforme a los principios constitucionales y existiendo elementos reglados suficientes para no excluir totalmente un posible control sobre el mismo⁵⁵. En caso de estar orientado hacia fines distintos de esos

⁵¹ STS. de 13 de julio de 1984.

⁵² STC. de 17 de junio de 1981.

⁵³ "La motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación ni acarrea nulidad" (STC. de 18 de junio de 1982).

⁵⁴ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, p. 105 y ss.

⁵⁵ Estos aspectos son, por de pronto: la misma existencia de la potestad, la extensión concreta que le ha sido otorgada y la competencia para ejercerla.

preestablecidos, quien lo realice incurrirá en desviación de poder, vicio susceptible de fiscalizarse en vía administrativa y por los Tribunales ordinarios, como sucede con la arbitrariedad y los errores patentes.

En el ámbito de las oposiciones y concursos *"existen razones teóricas y prácticas, que justifican plenamente el amplio poder concedido a los tribunales examinadores, cuando éstos tienen que valorar, a base sólo de sus conocimientos científicos o técnicos, el nivel de los participantes a través de los ejercicios realizados dentro del propio proceso de oposición; poder que se ha venido considerando como una competencia técnica, necesitada en su desarrollo de un margen inevitable de discrecionalidad, no revisable, dentro del núcleo esencial de la función que les ha sido asignada, aunque no en otros aspectos, como los relacionados con la seguridad del procedimiento seguido, y demás formalidades legalmente exigibles...; discrecionalidad que se acepta como cosa irremediable, ya que, de lo contrario, se necesitaría constituir otro tribunal sobre el primero, que, a su vez, suscitaría en sus decisiones las mismas dudas y perplejidades, lo que atentaría al principio de seguridad jurídica"*⁵⁶.

Esa discrecionalidad técnica del órgano selectivo no aparece sólo al calificar, sino que también protagoniza otros aspectos cruciales, como la determinación de las pruebas a realizar o parámetros de valoración y la precisión del mínimo exigible. Al igual que en los demás actos administrativos donde el ente calificador está facultado para escoger según el criterio profesional de sus miembros (planeamiento urbanístico, contratación pública...), se traduce y se basa en una presunción de certeza o de razonabilidad de la

⁵⁶ STS. de 28 de noviembre de 1984. Contra este argumento se ha dicho que "el problema que plantea el que los órganos judiciales sólo sean especialistas en la técnica del Derecho cuando la resolución de los litigios requiere otro tipo de conocimientos especializados está previsto y solucionado por el ordenamiento jurídico que ha establecido medios de prueba -la prueba pericial, la intervención de médico forense y prueba por asesores... que permiten superar este problema". Eva DESDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*,... Madrid, 1997, p.122 y Juan IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, p. 20.

actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, que sólo cabe desvirtuar en sede jurisdiccional¹³ si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano valorador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación factible del criterio adoptado.

*"Los juicios fundados en elementos de carácter exclusivamente técnico, en cuanto tales, escapan al control jurisdiccional"*¹⁴, dado que difícilmente el juez poseerá conocimientos suficientes para entrar a valorar aspectos concretos con mejor criterio que el órgano evaluador; en caso de revisarlos estaría invadiendo un ámbito propio y privativo de la Administración, a la que no puede intentar sustituir¹⁵. Este control deberá ejercerse *"en la medida en que dicho juicio*

¹³ Su justificación histórica y filosófica, así como las dimensiones que adopta el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa en: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

¹⁴ Pese a que habitualmente los jueces se abstienen de evaluar aspectos técnicos, esto no siempre ha sido así. En Sentencia de 24 de octubre de 1959, el TS. entró directamente a valorar, con respecto al concurso para la provisión de una plaza de recaudador de contribuciones en un gran Municipio catalán, los méritos respectivos de quienes concursaban, así como las ventajas que cada cual aportó y, a resultas de ello, no tuvo inconveniente en rectificar el juicio de la Administración. Años más tarde, en Sentencia de 27 de junio de 1966, procedió a examinar cuidadosamente la valoración de los méritos alegados por los recurrentes, al igual que el resultado de las pruebas teóricas y prácticas de un concurso-oposición, desvaneciendo "cualquier sospecha de parcialidad del Tribunal calificador en cuanto a los dos primeros extremos (valoración de los méritos y resultado de las pruebas técnicas) aceptando, en lo relativo a las pruebas prácticas, el informe emitido por el Arquitecto Provincial en relación al trabajo efectuado por los candidatos", "criterio técnico que a la Sala no le es dable someter a revisión, dada la competencia y titulación técnica de quien lo emite y la garantía de imparcialidad que le confiere su condición de funcionario provincial".

¹⁵ Según señala la STS de 21 de noviembre de 1985, no existe "posibilidad de confrontación entre ese criterio profesional con otros que sustituyeran al de los miembros de la Comisión, ya que, en este supuesto, se desvirtuaría la función atribuida a la Comisión de selección a la que se confiere la de juzgar unas condiciones de capacidad profesional que no es susceptible de minusvaloración frente a otros juicios igualmente respetables como es el del recurrente".

técnico afecte al margen legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad que se planteen en el caso, utilizando al efecto todas las posibilidades que se han ido incorporando a nuestro acervo jurídico”⁶⁰.

El Tribunal Constitucional sostiene que *“en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa, por su propia naturaleza, al control jurídico que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales” éstos deberán actuar “en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad”⁶¹.*

La discrecionalidad *“reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados —cuando éstos existan—, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”⁶².*

La valoración de los méritos y capacidades acreditados por opositores o concursantes entra de lleno en tal concepto; no pudiendo, debido a ello y salvo excepciones singulares, ser objeto de control por los órganos judiciales⁶³. Concretamente *“la puntuación asignada no es, en principio, revisable jurisdiccionalmente (salvo en el caso*

⁶⁰ STC. 353/1993, de 29 de noviembre. También sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica administrativa: Miguel BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 144 y ss; Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002, p. 41 y ss o Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 130 y ss.

⁶¹ STC. 39/1983, de 17 de mayo.

⁶² STS. de 14 de julio de 2000 (Sala 3ª, Sección 7ª).

⁶³ STS. de 15 de diciembre de 1997 (Sala 3ª, Sección 7ª).

límite de que pueda apreciarse una desviación de poder...J dada la indiscutible soberanía de los Tribunales a la hora de asignar sus calificaciones, que constituye un auténtico dogma en materia de oposiciones y concursos”⁴¹.

“Aunque es cierto que para calificar los ejercicios, teóricos o prácticos, de una oposición el Tribunal goza de una soberanía y discrecionalidad inevitable, que no consiente en objeción, contradicción o revisión por parte de la Administración llamada a aprobar su propuesta ni por esta Jurisdicción Contenciosa –Sentencia de 3 de marzo de 1947, 11 de enero de 1949 y 28 de noviembre de 1984, entre otras-, en cambio, no dispone de aquellas pudiendo, en consecuencia, ser fiscalizado y revisado su proceder en toda su extensión- cuando se trata de la estimación de méritos y de aplicar el baremo correspondiente, por ser éste “un elemento objetivo y normativo que impone un respeto incluso superior al concedido a las Bases específicas de la convocatoria del concurso o del concurso-oposición, aunque de éstas se diga que constituyen la Ley de la correspondiente prueba selectiva” (Sentencia de 28 de noviembre de 1984), al extremo de que ni es posible atribuir méritos que expresamente no se consideren tales por la convocatoria o legalmente no sean considerables, dejar de apreciarlos en quienes concurren ni aplicar porcentajes superiores o inferiores a los señalados para cada uno de aquellos, porque la consignación de unos y otros y el correspondiente baremo suponen el establecimiento de un sistema de selección totalmente reglado del que tales Tribunales no pueden apartarse, que, precisamente, por excluir toda discrecionalidad y arbitrio hace que en estos casos su resolución tenga el simple carácter de propuesta de selección necesitada para su validez de la aprobación por la Administración convocante, mediante un acto de efectiva y auténtica comprobación y revisión que, a su vez, es comprobable y revisable ante la Jurisdicción en que se actúa”⁴².

Para articular el necesario control de los actos de discrecionalidad técnica, la doctrina y la jurisprudencia utilizan varios criterios determinantes: a) “El control de los elementos reglados del acto

⁴¹ STS. de 27 de junio de 1986.

⁴² STS. de 17 de abril de 1984.

discrecional y, en particular, la desviación de poder, definida en el Art. 83.3 LJCA. como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico". b) "La teoría de los hechos determinantes que obliga a indagar si en los casos examinados, concurren los supuestos fácticos que hacen posible la aplicación de la norma jurídica, lo que dota a la Administración de un mayor o menor grado de discrecionalidad". Y c) "La aplicabilidad de los principios que informan el ordenamiento jurídico y que hacen posible esa discrecionalidad, reconociendo la vigencia de principios como la igualdad dentro de la legalidad de todos los administrados u otros que tienen el rango de principios generales del Derecho" (STS. de 10 de marzo de 1999 (Sala 3ª, Sección 7ª)).

5.4. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO.

Además de ser personalísimo, individual, de participación, reaccional⁶⁶, de naturaleza no sustantiva..., el derecho que existe a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (Art. 23.2 CE.) y en conexión necesaria con los principios de mérito y capacidad (Art. 103.3 CE.)⁶⁷ tiene carácter fundamental debido a su ubicación en la Sección I del Capítulo II del Título I CE, por lo que goza de las máximas garantías que el Texto Constitucional concede⁶⁸.

También supone en nuestro tiempo una de las manifestaciones que adopta el principio de igualdad⁶⁹, al no admitirse la posibilidad de establecer exigencias para optar a ellos que resulten discriminatorias⁷⁰. Consecuencia de esto es que si una queja por dis-

⁶⁶ Acerca de los mismos: Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, *Cit.*, p.129 y ss.

⁶⁷ STC. 193/1987, de 9 de diciembre y 67/1989, de 18 de abril.

⁶⁸ Entre otras: STC. 66/1985, de 23 de mayo. Como es conocido (Art. 53 CE.), los derechos fundamentales gozan de una protección jurisdiccional preferente y sumaria frente a los Tribunales Ordinarios y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional interponiendo recurso de amparo. El Art. 23.2 CE. "introduce así un criterio igualatorio que constituye una garantía, reforzada por tratarse de un derecho fundamental, del principio de imparcialidad de los funcionarios públicos proclamado en el Art. 103.3, inherente por esencia al Estado de Derecho que la Constitución consagra" (STC. 193/1987, de 9 de diciembre).

criminación se refiere a los supuestos comprendidos en el artículo 23.2 CE, no es necesario invocar el 14, pues al concretar aquél la regla general de igualdad en relación al acceso a la función pública será el precepto a considerar⁶¹, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguno de los criterios explícitamente proscritos en el artículo 14 CE.

El artículo 23.2 proporciona un plus de protección que permite dar cobertura a determinadas situaciones, cuya peculiaridad reside en que son específicas de los ámbitos funcionarial o representativo y por ello no totalmente subsanables en el archiconocido principio de igualdad. En palabras de nuestro Supremo intérprete constitucional éste artículo, "al reconocer a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública"⁶².

Con tal disposición no sólo se protege el acceso propiamente dicho, sino que cabe entender que forma parte de este derecho cuanto atañe al desarrollo de cada carrera administrativa, con objeto de conseguir una función pública profesionalizada y neutral desde el punto de vista político, que permanezca al margen de cualquier posible cambio de gobierno. Obviamente el artículo 23.2 CE opera de manera distinta según se trate de acceder a la misma, promocionar una vez dentro o simplemente permanecer⁶³.

⁶¹ STC. 86/1987, de 2 de junio.

⁶² Lucía RUANO RODRÍGUEZ, *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 61.

⁶³ SSTC. 50/1986, de 23 de abril, 84/1987, de 29 de mayo, 10/1989, de 24 de enero, 2/1991, de 14 de febrero, 217/1992, de 1 de diciembre y 265/1993, de 13 de diciembre.

⁶⁴ SSTC. 293/1993, de 18 de octubre, 351/1993, de 29 de noviembre y 99/1999, de 31 de mayo.

⁶⁵ Con carácter general, el artículo 63 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado dispone que deberá dispensarse a los funcionarios la protección que requiere el ejercicio de sus cargos y los artículos 21 y 22 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública contienen el derecho a la promoción interna.

*"El precepto actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC. 75/1983, 15/1988 y 47/1989)", aunque es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa". Prueba de ello es que "en efecto, (...) puede la Administración legitimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales"*⁷⁶.

Los principios de mérito y capacidad *"también deben ser observados en sede de carrera administrativa; aunque ello no impedirá que en dicho estadio aquellos rijan con menor intensidad, siempre y cuando tal circunstancia se justifique en la necesidad de amparar otros bienes constitucionalmente protegidos, como pudieran ser la protección de la familia a través del "derecho de consortes" (Art. 39 CE) o la eficacia de la Administración (Art. 103.1 CE.)"*⁷⁷. *"Al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del princi-*

⁷⁶ La provisión de puestos de trabajo consiste en un procedimiento administrativo que tiene por finalidad específica la cobertura, a través de mecanismos diseñados en los artículos 20 LMRFP, y 36 a 60 RGIPP, de las plazas vacantes.

⁷⁷ El concepto de promoción profesional abarca dos modalidades: el ascenso en la carrera profesional, consistente en la posibilidad de obtener un grado personal mayor por desempeñar uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción (Art. 70 RGIPP); y la promoción interna, que viene a ser el acceso, mediante pruebas selectivas, desde un grupo de titulación a otro inmediatamente superior (Arts. 22 LMRFP, y 78 RGIPP).

⁷⁸ SSTC. 200/1991, de 28 de octubre y 96/1997, de 19 de mayo. En el mismo sentido: STS. de 28 de enero de 1997 (Sala 3ª, Sección 7ª).

⁷⁹ STC. 192/1991, de 14 de octubre.

pio de igualdad que consagra el Art. 23.2, y encontramos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (STC. 24/1990, 25/1990, 26/1990, 149/1990), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios”²⁸.

El TC. ha entendido que “el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas implican también necesariamente, el de mantenerse en ellos y desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley”²⁹ sin sufrir perturbaciones ilegítimas³⁰; “por que de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido”³¹ y “la norma constitucional perdería toda eficacia”³². Al afirmar que “los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública”³³, reconoce que este derecho se prolonga a lo largo de toda la relación funcional, incluidos los casos de cese³⁴, siendo su extinción o pérdida al margen de los supuestos establecidos en las leyes reguladoras (orgánicas u ordinarias según proceda) contraria al contenido del artículo 23.2 CE.

En definitiva, existe un derecho al cargo que MARTINEZ DE PISON define como “aquel derecho instituido en favor del funcionario público de carrera por el que se mantiene indefinidamente el vínculo jurídico que le une a una Administración pública, sin poder ser libremente separado por ésta, y por el que se le protege en el ejercicio de las funciones inherentes al puesto de trabajo que ocupa, del que tampoco puede ser

²⁸ STC. 156/1998, de 13 de julio.

²⁹ STC. 32/1985, de 6 de marzo.

³⁰ Entre otras muchas: STS. de 21 de febrero de 1998 (Sala 3ª, Sección 7ª)

³¹ STC. 5/1983, de 4 de febrero.

³² STC. 30/1997, de 24 de febrero.

³³ STC. 75/1983, de 3 de agosto.

³⁴ En términos análogos: SSTs. de 4 de abril de 1997 (Sala 3ª, Sección 7ª) y de 21 de febrero de 1996 (Sala 3ª, Sección 7ª). La STS. de 27 de octubre de 1999 (Sala 3ª, Sección 7ª), reitera que la pérdida de la condición de funcionario por haber sido condenada, en sentencia penal firme, a la pena de inhabilitación es la aplicación de una causa legal de extinción de la relación funcional, que pone de manifiesto la pérdida de la aptitud precisa para el ejercicio de funciones públicas.

*trasladado libremente por la Administración en tanto dicho puesto subsista, todo ello en aras a garantizar una actuación imparcial en beneficio del interés público*⁸⁵.

Lo que se protege es *“la posesión del cargo frente a cualquier acto de la Administración que, por adoptarse intuitu personae, entrañare discriminación”*⁸⁶; pero este alcance tan amplio del bien jurídico analizado ha de hacerse necesariamente compatible con la existencia de otros derechos o facultades. Ello sucede con la potestad organizatoria de las administraciones públicas⁸⁷ (recordemos que no existe el sacrosanto derecho a ejercer un cargo en concreto ni a desempeñar funciones determinadas⁸⁸ y que, por distintas causas, cabe una reorganización administrativa que suprima o transforme puestos)⁸⁹ o el derecho que tienen los cónyuges a gozar de ciertas preferencias en la provisión de plazas vacantes mediante concursos de traslado⁹⁰.

5.4.1. Su carácter reaccional

Nuestro TC. ha considerado al comprendido en el artículo 23.2 CE, tanto en su modalidad funcionarial como en la represen-

⁸⁵ Iñigo MARTÍNEZ DE PISON, Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo, Civitas, Madrid, 1995, p. 68.

⁸⁶ STC. 104/1995, de 3 de julio.

⁸⁷ Es el derecho de la administración a organizar, por propia voluntad unilateral, los servicios a su cargo, en la forma que estime más conveniente a los intereses públicos. Comprende la configuración y ordenación de los órganos de mayor jerarquía, la distribución de los órganos menores, su ordenación y coordinación, así como la asignación de competencias a estos entes. Pero dicha potestad no supone que la atribución de competencias pueda invadir esferas jurídicas de determinados individuos o colectivos en contra de lo dispuesto en las Leyes. AAVV. Memento práctico Administrativo, Francis Lefebvre, Madrid, 2003, p.81. También sobre la misma: Ramón PARADA VÁZQUEZ-GULÍAS, Derecho administrativo II. Organización y empleo público, Marcial Pons, Madrid, 2003, p.15 y ss.

⁸⁸ STC. 73/1998, de 31 de marzo.

⁸⁹ STC. 10/1989, de 24 de enero.

⁹⁰ STC. 192/1991 y 200/1991.

tativa", un derecho "de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en su caso, la constitucional, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad"⁶⁰. Éste y los demás derechos subjetivos reaccionales nacen como consecuencia de concretas perturbaciones producidas por una determinada actuación administrativa ilegal, pero su titularidad preexiste y permite al afectado instar la adopción de medidas adicionales tendientes a restablecer el daño causado cuando concurra.

Opera en una doble dirección: "En primer lugar, respecto a la potestad normativa del procedimiento de acceso y selección, permitiendo a los ciudadanos la impugnación de las bases contenidas en la convocatoria que, desconociendo los principios de mérito y capacidad, establecen fórmulas manifiestamente discriminatorias (SSTC. 143/1987, 67/1989, 269/1995, 93/1995 y 115/1996). Y, en segunda, este derecho también garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la observancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC. 115/1996)"⁶¹.

Así, por ejemplo, el TC. declaró inconstitucional la "desigualdad de trato en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia de un periodo previo de servicios admi-

⁶⁰ El artículo 23 CE, al distinguir entre "funciones" y "cargos públicos" reconoce, por un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales, mediante el que se desarrolla un aspecto de la participación ciudadana en las instituciones públicas conforme a los principios que según el Art. 103 CE, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración y, de otro lado, un derecho que enmarca la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía popular y pluralismo político consagrados en el artículo 1 CE. FRANCISCO PUERTA SEGUINDO, Cit. p. 54

⁶¹ STC 50/1986, de 23 de abril. En este sentido: SSTC 200/1991, de 26 de octubre, 293/1993, de 18 de octubre. Enric FUGGAS ESPADALER, El derecho de acceso a los cargos públicos. Tecnos, Madrid, 1993, p. 89.

⁶² STC. 178/1998, de 14 de septiembre.

*nistrativos*⁵⁴ o la sobrevaloración al triple de los prestados en la Administración convocante con respecto a los llevados a cabo en una distinta de la misma comunidad autónoma y seis veces más que los realizados en cualquier otro lugar del territorio nacional⁵⁵.

En sentencia 82/1987, de 27 de mayo, este Tribunal reiteró la naturaleza reaccional del artículo 23.2 CE. en su faceta de derecho electoral, pues también se favorece y pretende la corrección de eventuales actuaciones, realizadas por los poderes públicos, que hayan podido impedir o menoscabar aquel acceso en condiciones equitativas y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, para que todos los candidatos cuenten con posibilidades semejantes. No olvidemos que, además de garantizar el acceso igualitario a los empleos funcionariales, según advierte PULIDO QUECEDO siguiendo la doctrina del supremo intérprete constitucional, el artículo 23.2 también preside, procurando la transparencia del sufragio pasivo (derecho a ser elegido), el procedimiento de acceso a puestos de ésta índole y la permanencia en los mismos⁵⁶.

5.4.2. Su contenido esencial como derecho de configuración legal

La idea de que existe un contenido básico e inquebrantable en cada derecho o libertad fundamental, supone una forma de garantía basada en prohibir las restricciones innecesarias o desproporcionadas que puedan tener lugar. Fue importada de la

⁵⁴ STC. 67/1989, de 18 de marzo. Teniendo en cuenta que el establecimiento de diferencias únicamente es legítimo si guardan relación con los principios de mérito, capacidad y proporcionalidad, puede el tiempo de servicios prestados en una administración ser un aspecto evaluable pero no convertirse en título de legitimación exclusivo (STC. 27/1991, de 14 de febrero) ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable (STC. 73/1998, de 31 de marzo, que cita las SSTC. 67/1989, Fj. 4^o, 185/1994, Fj. 6^o).

⁵⁵ STC. 12/1999, de 11 de febrero. Doctrina sentada en la STC. 50/1986, de 23 de abril.

⁵⁶ Manuel PULIDO QUECEDO. Cit, p.146 y ss.

Ley Fundamental de Bonn (Art. 19.2 GG.)⁶⁶, aunque no ha adquirido en nuestra Carta magna (Art. 53.1) el mismo significado que en aquella.

La garantía de tal contenido aparece allí en un precepto que trata de normar el poder del legislador para limitar los derechos, mientras que en el caso español no se hace referencia a dicho poder limitativo sino a una facultad del legislador, concretamente a la de regular el ejercicio de los derechos fundamentales⁶⁷. El artículo 19.2 GG. no faculta a éste para interferir en el ámbito de las libertades y derechos, sino que le impone un límite específico que únicamente opera cuando posee habilitación en virtud de otro título, otorgado en la propia Ley Fundamental. Mientras que el 53.1 C.E. reconoce una reserva genérica y adicional en favor de la ley que afecta a todos los derechos y la existencia de un límite tendente a asegurar, esto sí como en Alemania, que el contenido de ellos sea conforme con su significado constitucional⁶⁸, el 19.2 GG. da por supuestos los poderes del legislador resultantes de las reservas específicas y no contiene ninguno nuevo.

En las doctrinas de ambos países se han ido forjando dos tipos de explicaciones que pretenden perfilar la naturaleza del límite: La teoría relativa, descrita por Robert ALEXI y Peter HABERLE⁶⁹, es partidaria de que, al no existir ningún elemento permanente identificable como tal, las restricciones de los derechos fundamentales puedan llevarse a cabo sin contornos precisos. Para ésta opción doctrinal, minoritaria actualmente, el contenido

⁶⁶ Con respecto al contenido del artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn y a las teorías surgidas sobre la naturaleza del contenido esencial en Alemania: Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994.

⁶⁷ Antonio Luis MARTÍNEZ PUJATTE, *Cit.*, p.37.

⁶⁸ Luis PRIETO SANCHÍS, *Cit.*, p.141.

⁶⁹ Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993 y Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, *Cit.*, p.124 y 39.

esencial carece en sí de autonomía conceptual, debiendo ser resultado en cada caso de un juicio de razonabilidad que hace factible el sacrificio de cualquier parcela de un derecho en beneficio de otro si ello está justificado.

Partiendo de la consideración de que todos los bienes jurídicos constitucionales tienen alcance limitado, sería siempre precisa una interpretación casuística que los interrelacionase y ponderase, de forma que su contenido esencial se desprendería como consecuencia de las colisiones que tuvieran lugar en el libre ejercicio de los mismos. Por ejemplo el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, frecuentemente choca con el que existe al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, siendo en esa confrontación donde cada vez aparece el mencionado límite, de forma que tal contenido quedará violado cuando no se atienda al principio de proporcionalidad. Un problema derivado de esta forma de delimitarlo consiste en que a menudo, al no conocerse ningún parámetro vinculante que de respuestas análogas a las preguntas normativas mediante ponderaciones, son muy variadas las posibles conclusiones dependiendo del intérprete que las busque.

La teoría absoluta, defendida por Luis PRIETO entre otros¹⁰¹, sostiene la existencia de una esfera permanente en cada derecho, núcleo duro donde las ingerencias legislativas se encuentran totalmente vedadas, que constituye el contenido esencial y de otra "accesoria" en que, también justificadamente, cabe introducir restricciones a favor de otros bienes jurídicos. En base a ella las limitaciones del contenido de los derechos fundamentales sólo pueden resultar admisibles si, además de estar constitucionalmente justificadas, no afectan a su contenido esencial.

El Tribunal Constitucional español, al igual que el alemán¹⁰², ha oscilado entre ambas interpretaciones. Así, en la célebre senten-

¹⁰¹ Luis PRIETO SANCHÍS, *Cit.*, p.146 y ss.

cia 11/1981, de 8 de abril, relativa al derecho de huelga, hizo suya la teoría absoluta, calificando al contenido esencial como límite genérico a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales. Mientras que en las SSTC. 161/1987, de 27 de octubre, que resolvió un supuesto de objeción de conciencia sobrevenida y 215/1994, de 14 de julio, sobre esterilización de incapaces, adoptó sin reservas la relativa¹⁰¹.

Tanto si ha de precisarse caso por caso como cuando es considerado una parcela insustituible y permanente en cada derecho, el de contenido esencial no deja de suponer un concepto jurídico indeterminado, cuyo inconveniente básico radica en la precisa delimitación de su alcance. Ésta puede hacerse a través de dos vías distintas:

Un primer cauce adecuado para definirlo aparece en la citada sentencia 11/1981, donde el TC. reconoció que *"constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por así decirlo"*, todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trate y a las condiciones imperantes en las sociedades democráticas¹⁰². Mientras que el segundo, complementario y no excluyente del anterior, consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición doctrinal ha llamado intereses jurídicamente

¹⁰¹ Acerca de las oscilaciones entre ambas teorías en la jurisprudencia constitucional alemana: Robert ALEXY, Cit. p.288 y ss.

¹⁰² Las dificultades que ambas teorías plantean han sido analizadas, entre otros muchos, por Antonio Luis MARTÍNEZ PUJATTE, Cit. p.27 y ss. Este autor sostiene la idea de que el contenido esencial no supone una parte de cada derecho sino su contenido como tal.

¹⁰³ Si desde una perspectiva subjetivista pensamos que la naturaleza jurídica de los derechos preexiste al momento legislativo, deberá ser reconocible el tipo abstracto en la regulación concreta para poder afirmar que se ha respetado este contenido inquebrantable. Antoni Enriqué PÉREZ LUNO. Cit. p. 311 y ss.

protegidos, considerándolos núcleo y médula de los derechos subjetivos, de forma que *"se rebasa o desconoce tal contenido cuando queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"*¹⁰⁵.

Esencial vendría a ser *"aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos"*¹⁰⁶, pues en caso de no existir esa esfera intangible se habrían constitucionalizado tan sólo instituciones abstractamente definidas y la configuración legal que posteriormente se hiciera de ellas podría desvirtuar fácilmente su naturaleza. En palabras de Ignacio DE OTTO, *"mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulación compleja, la sola garantía institucional ampara la existencia de las instituciones, no su configuración concreta"*¹⁰⁷.

La protección de este contenido implica, al propio tiempo, un aspecto negativo en tanto que constituye un decisivo límite a la actuación legislativa y otro positivo, ya que el respeto a la esencia del contenido de los derechos fundamentales resulta imprescindible para conservar la esencia de un sistema jurídico. En opinión de Luis PRIETO, incorporando la cláusula del contenido esencial en la Constitución se ha querido traducir a términos jurídicos prácticos la especial relevancia que ella concede a los Derechos humanos *"como fundamento del orden político y de la paz social"* (Art. 10.1) que, *"asumidos como decisión constitucional básica han de informar todo nuestro ordenamiento"*¹⁰⁸.

¹⁰⁵ STC. 11/1981.

¹⁰⁶ STC. 11/1981.

¹⁰⁷ Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO, Cit. p.101.

¹⁰⁸ Luis PRIETO SANCHÍS, "Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales", en Comentarios a las leyes políticas (Tomo IV), (coord.. Oscar ALZAGA VILLAMIL), Revista de Derecho privado, Madrid, 1984, p. 463 y ss.

A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, caso de la alemana (Art. 33.2 y 38 GG.)¹⁰⁰, la protección del acceso a funciones o cargos representativos y que no lo son se lleva a cabo en España dentro del mismo precepto, sin perjuicio de que requieran un tratamiento jurídico diferenciado y obedezcan a ámbitos de protección diversos. El contenido esencial del primero consiste en *"asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose dicho derecho siempre que se mantenga la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos"*¹⁰¹. Mientras que cuando se trata de puestos funcionariales tal contenido es respetado garantizando la transparencia y equidad del proceso selectivo, el acceso al cargo de los aspirantes escogidos, su permanencia en él, así como la posibilidad de ascender o promocionar de los funcionarios con cierta experiencia.

*"El carácter de derecho de configuración legal no nos puede hacer olvidar que los derechos reconocidos en el Art. 23 y en particular el del Art. 23.2 CE. son derechos fundamentales"*¹⁰²; pudiendo el Tribunal Constitucional revisar el contenido de las normas que condicionen su ejercicio y la aplicación que de éstas realicen los Tribunales. La adecuación de las diversas opciones legislativas a la Constitución supone un límite infranqueable para el legislador y si no existiera dicho control *"los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional"*¹⁰³.

El artículo 23.2 CE, como todos los del Capítulo II, reconoce la existencia de un derecho nuclear o en abstracto que las leyes

¹⁰⁰ Ricardo RIVERO ORTEGA, "Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (comentario a la STC. de 11 de febrero de 1999)", en RAP, Núm. 151 (enero-abril de 2000), p. 343 y ss.

¹⁰¹ STC. 71/1989, de 10 de abril.

¹⁰² STC. 24/1990, de 15 de febrero.

¹⁰³ STC. 24/1990.

deben configurar, no crear, siempre respetando su esencia (Art. 53.1 CE.). Ya que es el legislador quien se encarga de regular los diversos aspectos o circunstancias en que ha de llevarse a cabo el ejercicio de los derechos fundamentales y las posibilidades de intervención administrativa, cabe decir que todos son conformados mediante leyes en cierto modo, pero no en la misma medida. Por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral (Art. 15 CE.), el que existe a la libertad y a la seguridad (Art. 17.1 CE.), a la libertad de residencia (Art. 19 CE.) o el de reunión pacífica y sin armas (Art. 21.1 CE.), no requieren la aprobación de normas legales destinadas a precisar su contenido, al no dar éste lugar a dudas, sino únicamente que lo garanticen. Mientras que en otros, caso del de participación en asuntos públicos (Art. 23.1 CE.), el que se tiene al juez ordinario predeterminado por la ley (Art. 24.2 CE.) o el derecho de huelga (Art. 28.2 CE.) han de ser ambos aspectos objeto de desarrollo legislativo.

Partiendo de estas premisas, una clásica distinción propone el reconocimiento de varios tipos de reservas de ley: Advierte que puede haberlas relativas al mero ejercicio, cuya regulación no añade ni quita nada al contenido del derecho constitucionalmente reconocido; otras en que el legislador cuenta con la posibilidad de limitarlo desde fuera y aquellas donde le es encomendada su plena o casi plena configuración¹¹³. Lo último sucede, por mandato constitucional expreso, con los derechos a entrar y salir libremente de España (Art. 19.2 CE.), a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE.), a la propiedad privada y a la herencia (Art. 33 CE.), el de petición (Art. 29.1 CE.) o el de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos representativos o no (Art. 23.2 CE.), que son conocidos como de configuración legal.

Entre otras circunstancias, éstos se caracterizan por que su satisfacción precisa el cumplimiento de los requisitos determina-

¹¹³ Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 104.

dos por el legislador¹¹⁴, a quien corresponde la tarea de señalarlos dentro de un extenso margen de apreciación y del respeto debido a todos los principios constitucionales, destacando aquellos contenidos en el citado artículo 103.3 CE. cuando se trate del acceso a puestos funcionariales, y las pautas recogidas en el 70.1 para los representativos.

Tal como afirma la STC. 10/1989, de 24 de enero, "el Art. 23.2 de la Constitución consagra el derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad, con los requisitos que las leyes señalen; se trata, pues, de un derecho de configuración legal, como se deduce del inciso final, correspondiendo al Legislador señalar los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios contenidos en el Art. 103.3 de la CE, y a los órganos judiciales concretar en cada caso cuál será la normativa aplicable, pues es a ellos a quienes corresponde en exclusiva el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas".

Al ser de configuración legal compete a la ley, comprensiva de los Reglamentos Parlamentarios, la tarea de "ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos. Una vez creados (...), éstos quedan integrados en el status propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del Art. 23.2 CE, defender ante los órganos judiciales —y en último extremo ante éste Tribunal— el ius in officium que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público"¹¹⁵. Dicho de otro modo, nuestra Ley Suprema no formula un concepto sustantivo de este derecho pero, ya que delega su sustantivación en el poder legislativo, donde el mismo deberá buscarse es en la normativa reguladora de los respectivos puestos¹¹⁶ y cuando tal normativa se haya visto vulnerada por actuaciones procedentes de los poderes públicos, cabrá aplicar el sistema de recursos previsto para los configurados directamente por ella.

¹¹⁴ STC. 24/1990.

¹¹⁵ STC. 30/1997, de 24 de febrero.

¹¹⁶ STC. 47/1990, de 20 de marzo. Manuel PULIDO QUECEDO, Cit. p. 66 y ss.

En cada supuesto concreto de acceso a un cargo o función, la remisión a las leyes ha de ponerse en conexión con las previsiones que la Constitución contempla para su normación sustantiva y muy especialmente en lo que concierne al rango o tipo de norma a utilizar. Al tratarse de un derecho fundamental comprendido en la Sección I del Capítulo II del Título I CE, que lleva por rúbrica "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*", cabría considerarlo materia reservada a ley orgánica (Art. 81.1) si no fuera por que, según ha reconocido el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, lo que el artículo 23.2 garantiza es una situación jurídica de igualdad, una manifestación del principio comprendido en los artículos 9.2 y 14 CE. que sin reiterarlo explicita su contenido, para cuya regulación o desarrollo no se requiere la utilización de leyes orgánicas. Únicamente será necesaria esta fórmula más compleja en los cargos donde su naturaleza representativa lo exija por mandato del artículo 81.1 CE.

La reserva de ley que efectúa el artículo 23.2 CE. proscribire que la Administración regule autónomamente los procedimientos de acceso, pero no impide sin más y en términos absolutos todo tipo de remisión legislativa al reglamento¹⁷. Por el contrario, las disposiciones del Gobierno pueden, siempre y cuando así lo determine 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 a favor de*

¹⁷ "El principio de reserva de ley es compatible con la colaboración del reglamento en la regulación de la materia reservada, completando con su normativa la de la ley, no sustituyéndola. Esta, que es doctrina constitucional consolidada, se proclamó de modo específico en cuanto a la reserva legal respecto al Estatuto de los Funcionarios Públicos en la STC. 99/1987, de 11 de junio" (STS. de 19 de julio de 1996 (Sala 3ª, Sección 7ª)).

la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva¹⁰⁸. Las remisiones normativas no pueden consistir en apoderamientos incondicionados o sin límites ciertos y su naturaleza depende siempre de la del cargo en cuestión.

En esta misma sentencia, como había hecho en las SSTC. 99/1987, de 11 de junio y 47/1990, de 20 de marzo, el Tribunal declaró que sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los requisitos en cada supuesto, por lo que resulta muy razonable la remisión a normas reglamentarias para realizarla¹⁰⁹. Cabe, eso sí, derivar un límite genérico a esta actividad administrativa de la puesta en relación del artículo 23.2 con el 103.3 CE. en cuanto a los cargos no representativos se refiere; ya que el citado precepto expresamente *"obliga a concluir que tales requisitos (mérito y capacidad) han de ser establecidos mediante disposiciones con rango de ley, por lo que hay que estimar como constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración, mediante la vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley, pueda incorporar nuevos y diferentes requisitos a los legalmente previstos"*¹¹⁰.

En otras palabras, las disposiciones del Gobierno pueden, *"cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o*

¹⁰⁸ STC. 27/1991, de 14 de febrero.

¹⁰⁹ De entre todas las normas reglamentarias habidas hasta el momento en la materia destaca, por su amplio margen de aplicación, el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD. 364/1995, de 10 de marzo, que afecta al régimen de los funcionarios, así como a la selección de interinos y personal laboral de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, sin perjuicio de las especialidades relativas al personal docente, investigador, sanitario, así como de los servicios postales y de telecomunicaciones (Art. 1.1 y 2). Además se aplica supletoriamente al resto de los funcionarios civiles de la Administración del Estado y de las restantes Administraciones públicas (Art. 1.3).

¹¹⁰ STC. 27/1991, de 14 de febrero. En el mismo sentido: SSTC. 209/1987, 47/1990, 78/1990 y 4/1991.

particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de revisiones 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”¹²¹.

“en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuales son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”¹²².

“La reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de predefinir cuales hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales”. Una verdadera predeterminación igualmente “ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda

¹²¹ STC. 99/1987, de 11 de junio.

¹²² STC. 83/1984, de 24 de julio.

actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el Art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el juez —que lo es de la legalidad— tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas (Arts. 24 I y 106.2 CE.), sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración¹²¹.

También los órganos jurisdiccionales quedan totalmente excluidos de la labor creadora o configuradora del derecho comprendido en el artículo 23.2 CE; limitándose a concretar en cada caso, por vía interpretativa, cual de entre las posibles será la normativa aplicable¹²² y si se ha infringido o no algún precepto legal. La valoración que de esa legalidad lleven a cabo no es susceptible de revisión por el Tribunal Constitucional pero, en tanto que se trata de un derecho fundamental, sí puede actuar como "intérprete supremo de la Constitución" (Art. 1.1 LOTC.). Recordemos que éste último es el órgano encargado de comprobar, previa interposición del correspondiente recurso 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"¹²³.

Como sucede con los tribunales ordinarios, está obligado a abstenerse de interferir en ese margen de apreciación con que cuenta el legislador para crear las normas, al igual que de exami-

¹²¹ STC. 73/1998, de 31 de marzo. Este párrafo reproduce literalmente otro de la STC. 48/1998, de 2 de marzo. Sobemos que "La valoración de los méritos de los concursantes, en un proceso de selección de personal, corresponde, salvo excepciones, a la libre estimación de los Órganos administrativos o gubernativos que han de efectuar la selección, en virtud de potestades discrecionales de conveniencia, utilidad o eficacia" (STS. de 15 de diciembre de 1997 (Sala 3ª, Sección 1ª)).

¹²² STC. 10/1989, de 24 de enero.

¹²³ STC. 24/1990, de 15 de febrero.

nar la oportunidad de cada medida legal o administrativa y decidir si resulta la más adecuada o la mejor de las posibles, puesto que de contar con dichas facultades se convertiría en el auténtico configurador del derecho. Debe limitarse a *"comprobar si no se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria entre los opositores o concursantes"*¹²⁶. Por ejemplo ha considerado que no tienen por que resultar lesivas distinciones basadas en la necesidad, siempre legalmente descrita, de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad en otro empleo o función... con respecto al acceso a cargos no representativos, ni la exigencia, también legal, de un porcentaje determinado de votos a los grupos políticos (cargos representativos), para participar en el reparto de escaños parlamentarios¹²⁷.

Cuando el artículo 23.2 hace referencia a los requisitos que señalen las leyes, concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas selectivas de funcionarios y en la determinación de cuales han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración según los puestos a cubrir. Pero tal libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios constitucionales. Una de las consecuencias que ello trae consigo es que sólo excepcionalmente, y como medidas de carácter singularísimo y transitorio, cabe la existencia de "turnos restringidos", lo que ocurrió hace algunos años debido a la necesidad de

¹²⁶ STC. 67/1989, de 18 de marzo.

¹²⁷ En Sentencia 75/1985, de 21 de junio (asunto Entesa de l'Esquerra Catalana y Partit dels Comunistes de Catalunya), el TC. declaró constitucional la exigencia de un mínimo del 3% de los votos para participar en el reparto de escaños, que establecía el RDL. 20/1977, de 28 de marzo. Dicha doctrina, reiterada en otras como la STC. 72/1989, de 19 de abril, se debe a que las "cláusulas de éste tipo no pueden estimarse transgresoras del derecho de acceso de un candidato a un cargo representativo, en condiciones de igualdad, porque este derecho viene consagrado en el mismo artículo 23.2 de la Constitución según los requisitos que marquen las leyes" (STC. 193/1989, de 16 de noviembre).

configurar ex novo y con cierta urgencia las administraciones autonómicas adscribiendo, "de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho Administrativo, cuando ni existieran plantillas de funcionarios ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera"¹²⁴.

El Tribunal Constitucional insiste en que "este tipo de pruebas han de considerarse como un procedimiento prescrito por el Art. 23.2 CE, si bien, no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración"¹²⁵.

En Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, el TC. reiteró las condiciones que han de darse para que en esos procedimientos no quepa apreciar infracción alguna del artículo 23.2 CE. "Primera y según se ha dicho, que se trate de una situación excepcional; segunda, que sólo se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación igualmente excepcional; y, tercera, que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal".

El contenido del artículo 23.2, "como concreción del principio de igualdad actúa en dos planos distintos: como igualdad ante la Ley o en la

¹²⁴ STC. 27/1991, de 14 de febrero. José Luis GARCÍA RUIZ. "El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico", en REDC, Num. 55 (enero-abril de 1991) p. 84. Un criterio similar sostuvo la STC. 185/1994, de 24 de junio, respecto a la existencia de un sistema selectivo basado en la valoración de servicios previos, prestados por personal interino, aplicable excepcionalmente y sólo durante tres convocatorias, según prevalece la disposición transitoria 5ª LOGSE. Lucía RUANO RODRÍGUEZ, Cit. p.63.

¹²⁵ STC. 16/1998, de 16 de enero.

aplicación de la Ley, de una parte, y de otra, como igualdad en la Ley. En este segundo aspecto (...), implica para el legislador no sólo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el artículo 103.3 CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad"¹³⁰. El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley supone que "una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. (...) En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual"¹³¹.

"Si bien el derecho fundamental del Art. 23.2 ha de conectarse ineludiblemente con la vinculación de la Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública, (...) no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el Art. 23.2 CE, lo que de suyo exige (...) la existencia de un término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad"¹³².

5.4.2.1. Límites a la competencia legislativa

Sin privar por ello al legislador de su área de libertad, el artículo 23.2 y los preceptos con que directamente se relaciona contienen una serie de límites, positivos y negativos, que resultan infran-

¹³⁰ STC. 27/1991, de 14 de febrero.

¹³¹ STC. 73/1998, de 31 de marzo. En el mismo sentido: STC. 10/1998, de 13 de enero.

¹³² STC. 73/1998, de 31 de marzo. En términos análogos: STC. 178/1998, de 14 de septiembre.

queables. En positivo le obligan a implantar unos requisitos de acceso a las funciones públicas que, configurados en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad; así como a precisar las condiciones, trámites, causas de inelegibilidad e incompatibilidades configuradoras del derecho de sufragio pasivo, si se trata de cargos representativos. Mientras que, desde una perspectiva negativa, proscribire que la regulación de las condiciones de acceso se haga "en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas"¹²⁵, exija el cumplimiento de requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad u ocasione efectos discriminatorios. Resultaría contraria al derecho enunciado e incompatible a todas luces con el principio de igualdad cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas ad personam, del mismo modo que lo es la alteración del régimen jurídico establecido para la provisión de determinadas plazas funcionariales mediante leyes singulares¹²⁶.

A la hora de precisar en que consiste el poder del legislador y hasta donde llega su factible alcance¹²⁷, el Tribunal Constitucional ha mantenido reiteradamente la tesis, sistematizada ya en sentencia 11/1981, de 8 de abril, de que si bien "la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones"¹²⁸, en otras "el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediana o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" al igual que la esencia del mismo o lo que se denomina su contenido esencial.

5.5. TITULARIDAD Y REQUISITOS PARA EJERCER EL DERECHO DE ACCESO

Un aspecto a destacar, en cuanto atañe a la titularidad de este derecho fundamental, es que ya en nuestra Ley de Leyes aparece

¹²⁵ STC. 269/1994

¹²⁶ STC. 146/1986, de 25 de noviembre

¹²⁷ Lorenzo MARTÍN RETORTILLO e Ignacio DE OTTO Y PARDO, Cit. p.166 y ss

directamente vinculado con el requisito de la nacionalidad. Si bien del artículo 23 CE. se desprende que quienes tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (representativos o funcionariales) son los ciudadanos; el artículo 14 hace referencia a "los españoles" como iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos y el 13.2 señala que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales".

El artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España, derogada por la 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (disposición derogatoria única), afirmó taxativamente que éstos últimos no podían acceder al desempeño de cargos públicos o que implicaran ejercicio de autoridad, pero les permitía desarrollar actividades docentes e investigadoras. El 30.1.a de la Ley 315/1964, de 7 de febrero, de Funcionarios Civiles del Estado, sostiene que resulta preciso ser español para obtener la condición de funcionario y, aunque hoy en día el requisito de la nacionalidad queda matizado al resultar factible que accedan a puestos de trabajo en administraciones españolas los ciudadanos de otros estados miembros de la Unión Europea casi en idénticas

¹⁶ STC. 148/1986, de 25 de noviembre.

¹⁷ La libertad de circulación de los trabajadores es plenamente aplicable en España desde el 1 de enero de 1993, tal y como establece el artículo 55 del Tratado de 12 de junio de 1985 y ha exigido la adopción de medidas tendentes a eliminar los obstáculos que pudiesen existir. La acción legislativa desarrollada para dar cumplimiento a las previsiones del Tratado y a las exigencias derivadas de la interpretación que del artículo 39.4 han llevado a cabo el TJCE. y la Comisión, se ha concretado, por lo que a la Administración General del Estado se refiere, en la aprobación de la Ley 17/1993, los Reales Decretos 800/1995 y 543/2001 (que deroga el anterior desarrollo reglamentario de la Ley 17/1993) y la Ley 32/2002, de 5 de julio, de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. FRANCISCO PUERTA SEGUIDO, Cit. p.128 y ss.

circunstancias que los españoles, esta posibilidad, derivada del derecho a la libre circulación de trabajadores reconocido en el artículo 39 (antiguo 48)¹³⁷ del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE.)¹³⁸, halla un importante límite en el apartado 4 del mismo artículo, al señalarse que las disposiciones sobre libertad de circulación "no serán aplicables a los empleos en la Administración Pública".

Cabe entender como tales los que "comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas". De hecho el motivo de dicha exclusión radica en que éstos conllevan "una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos suponen en efecto, de parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad"¹³⁹.

¹³⁷ Aprobado en Roma el 25 de marzo de 1957. Dicho artículo ha sido objeto de un amplio desarrollo posterior, representado básicamente por el Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre, y complementado además por los Reglamentos 312/76 del Consejo, de 9 de febrero, referido a los derechos sindicales de los trabajadores y 1351/70 de la Comisión, de 29 de junio, relativo a la permanencia en un Estado Miembro después de haber ejercido un empleo en el mismo; así como por la Directiva 64/211/CE, de 25 de febrero, sobre coordinación de medidas especiales sobre extranjeros por razones de orden público, seguridad y salud públicas en materia de desplazamientos y estancias. Para que este derecho a la libre circulación en el ámbito laboral, que conlleva la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre trabajadores de los estados miembros, sea real y efectivo, resulta necesario eliminar de las legislaciones nacionales cualquier prescripción discriminatoria que exista al respecto.

¹³⁸ STJCE. de 17 de diciembre de 1980, caso 149/1979. Sobre la libre circulación de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea y su acceso a los empleos de carácter público en otros Estados; José Luis MONEREO PÉREZ y José VIDA SORIA, La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

En virtud del artículo 1.1 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la Función Pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea¹⁰, éstos *"podrán acceder en igualdad de condiciones que los españoles a todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas"*, debido a la necesidad de que concurre esa especial relación de solidaridad mencionada por el TJCE.

El referido derecho también corresponde al *"cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintidós años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas"*, al igual que a *"Las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España, en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores"* (Art. 1.2).

La citada ley fue desarrollada inicialmente por Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo, que aprobó una relación de Cuerpos, Escalas, plazas o empleos de la función pública estatal a los que podían acceder nacionales de los demás estados miembros de la Unión, enumerándolos en su anexo y ordenados de acuerdo con su adscripción a los respectivos Departamentos ministeriales. Sustituyendo al sistema anterior, el RD. 543/2001, de 18 de mayo, señala que los ciudadanos de los demás Estados Miembros cuentan con la facultad de optar, en condiciones semejantes a las de los españoles, a los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos y aprueba, ordenándolos en el anexo de acuerdo con su adscripción a los res-

¹⁰ La Ley 17/1993, de 23 de diciembre, fue sustancialmente modificada por la 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, para su plena adaptación a los criterios del Tribunal de Justicia y de la Comisión Europea.

pectivos Departamentos Ministeriales u Organismos Públicos, una relación de Cuerpos y Escalas de la Administración General del Estado a donde no podrán acceder los nacionales de otros Países.

Según reza el artículo 10.2 de la LO. 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, los ciudadanos no comunitarios residentes aquí también "podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad"; contando para ello con la facultad de presentarse a las ofertas de empleo que sean convocadas. En su artículo 21 esta Ley proscribire los actos discriminatorios, entendiéndose por tal cualquiera que "directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos o de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural".

Pero el hecho de ostentar la titularidad de este derecho no necesariamente implica la posibilidad de ejercerlo en cualquier momento o circunstancia ya que, por razones de interés público, junto al requisito de la nacionalidad española el artículo 30.1 LFCE. comprende otros que se incorporan, con mayor o menor literalidad, a todas las convocatorias de oposiciones y concursos. Consisten en: "tener cumplidos dieciocho años de edad y no exceder de la edad que se establezca para cada Cuerpo", "estar en posesión del título exigible o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias, en cada caso, y demás condiciones que reglamentariamente se determinen", "no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones" y "no haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de la Administración local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas".

Estas cuatro premisas, al igual que la propia existencia de procesos selectivos de concurrencia competitiva, obedecen al mandato constitucional comprendido en el artículo 103.3 CE, de regular el acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad.

5.6. CONCEPTOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD

En mi opinión cabe considerar al mérito una especie de patrimonio intelectual que cada sujeto adquiere a través del estudio o la experiencia, directamente relacionado con su inteligencia, habilidades, esfuerzo, entendimiento...¹⁰¹ y el hecho de que se exija una determinada titulación como condición obligatoria en las oposiciones o concursos, responde a la necesidad de establecer un nivel mínimo de exigencia en cuanto al mismo, que será completado por quienes superando el proceso demuestren una mejor preparación. Lo que resulta más difícil es describir escuetamente en que consiste la capacidad de las personas¹⁰².

Considerando quizá que estar capacitado para hacer algo es poder llevarlo a cabo eficazmente, el legislador ha fijado tres requi-

¹⁰¹ Para GARCÍA SAN MIGUEL existen dos concepciones teóricas de lo que cabe entender por mérito: la denominada "intelectualista", para la que éste residiría en la obtención de unos resultados superiores a los de los demás, teniendo en cuenta que a ello contribuyen tanto el talento como el esfuerzo, y la que llama "voluntarista", donde se considera que el mérito sólo reside en el esfuerzo. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 19 y ss.

¹⁰² Pese a que los conceptos de mérito u capacidad aparecen en la Constitución como términos estrechamente unidos, algunos autores los consideran parámetros autónomos. Asocian el principio de capacidad con el sistema de oposiciones, definido el Art. 4.2 RGIPP como "...la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación" y el de mérito con el de concurso, consistente en "...la comprobación y calificación de los méritos y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos...". Según esta orientación doctrinal, elementos determinantes de la capacidad serían todos aquellos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas destinadas a contrastar los conocimientos y aptitud de los aspirantes, mientras que el mérito abarcaría aquellos otros que, al margen de todo tipo de pruebas, hacen referencia a la cualificación adquirida por los aspirantes a lo largo de su trayectoria humana o profesional.

sitos previos con objeto de garantizarla en los opositores y concursantes:

El primero de ellos, la edad, constituye un aspecto objetivo, fácil de comprobar y que responde a criterios razonables. Su límite mínimo coincide con la mayoría de edad civil (que presupone la plena capacidad de obrar del sujeto) y el máximo con la que el cuerpo en cuestión estime conveniente, pensando en el mejor y más correcto desempeño de sus funciones.

El de *"no haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de la Administración local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas"* también hace referencia a hechos fácilmente constatables, suponiendo una forma coherente de alejar del empleo público a los que con sus actos ya han demostrado no estar capacitados para desempeñar puestos de esta índole.

La exigencia de *"no padecer enfermedad o defecto físico que impida el cumplimiento de las correspondientes funciones"* conforma un presupuesto igualmente lógico pero a menudo difícil de valorar y, pese a que el legislador la contempla en principio para todos, su acreditación expresa actualmente sólo se exige a los minusválidos. Esta presunción de incapacidad que salvo prueba en contrario (aportando un informe técnico-facultativo) pesa sobre ellos, podría incluso considerarse basada en una justa causa, pues por pequeña que sea toda minusvalía conlleva algún defecto físico o mental; pero la vigente forma de destruir o corroborar dicha presunción ocasiona resultados radicalmente discriminatorios⁴⁰, que serán objeto de análisis en páginas posteriores.

Además la normativa específica aplicable a cada proceso selectivo puede establecer requisitos adicionales, como ciertas condiciones físicas o psíquicas, determinada antigüedad en otros

⁴⁰ Salvo que expresamente se prevea otra cosa, como actualmente sucede con la prueba de no padecer enfermedades ni defectos físicos incapacitantes (Art. 19.3 RGIPP), los requisitos comprendidos en las convocatorias han de reunirse cuando finaliza el plazo de presentación de solicitudes.

empleos, años de experiencia profesional, actividades concretas de formación..., aunque siempre mediante referencias abstractas y generalizadas, evitando cualquier preterición o reserva *ad personam*, ya sea de manera expresa o encubierta¹⁴⁴. Estas características especiales han de guardar relación directa con los principios de mérito y capacidad, no así con otras condiciones personales o sociales como podrían ser la residencia o el centro donde se adquirió la titulación requerida¹⁴⁵. También debe existir tras ellas una justificación objetiva y razonable, en consonancia con las concretas funciones a desempeñar habitualmente en los respectivos puestos, que no les permita causar efectos discriminatorios¹⁴⁶.

5.6.1. El conocimiento de lenguas cooficiales como requisito adicional en algunas comunidades autónomas

Tampoco quiebra necesariamente el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con *"la exigencia del conocimiento del idioma que es oficial en el territorio donde actúa la Administración a la que se aspira a servir"*. De hecho *"es perfectamente incluible dentro de los méritos y capacidades requeridos (...) siempre que no se utilice la exigencia (...) de manera irrazonable y desproporcionada"*¹⁴⁷. *"En las convocatorias territorializadas para puestos de trabajo de Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, la diferencia entre quienes conocen esta lengua, que ostentan el mérito correspondiente, y quienes no la conocen, obedece a una justificación objetiva y razonable, proporcionada al fin de la norma, puesto que el servicio de estos puestos de trabajo dentro de la Comunidad Autónoma (...) se verá beneficiado por el conocimiento de la lengua cooficial propia"*¹⁴⁸.

¹⁴⁴ SSTC. 42/1981, de 22 de diciembre, 50/1986, de 23 de abril, 67/1989, de 18 de abril, 27/1991, de 14 de febrero o 216/1991, de 14 de diciembre.

¹⁴⁵ SSTC. 42/1981, de 22 de diciembre, 193/1987, de 9 de diciembre...

¹⁴⁶ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Cit, p.130 y ss.

¹⁴⁷ STC. 46/1991, de 28 de febrero.

Si bien resulta factible la valoración positiva de tal conocimiento en las convocatorias, la doctrina jurisdiccional ha ido matizando esta facultad¹¹⁴, que actualmente puede resumirse en los siguientes puntos: "Primero, que el principio general sigue siendo el de que pueda valorarse como mérito no eliminatorio el conocimiento de las lenguas españolas diferentes del castellano; Segundo, que para concretas y determinadas plazas, los poderes públicos competentes pueden darle dicho carácter eliminatorio a la prueba de conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma; Tercero, que la finalidad de esta excepción al principio general es la de proveer a la presencia en la Administración de personal de habla de lengua vernácula, como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad (STC. 82/1986); Cuarto, que la apreciación del cumplimiento de esta concreta finalidad obliga a considerar discriminatorio la mencionada exigencia cuando se imponga para cubrir plazas que no estén directamente vinculadas a la utilización por los administrados de las lenguas de la Comunidad Autónoma, debiendo reservarse para aquellas en las que la imposibilidad de utilizarla les pueda producir una perturbación importante en su derecho a usarla cuando se relacionan con la Administración, lo que a su vez implica la necesidad de valorar en cada caso las funciones que sean competencia de la plaza que pretenda cubrirse, así como el conjunto de funcionarios a los que corresponda un determinado servicio, de manera que en los que se aprecie la concurrencia de la perturbación mencionada, pueda garantizarse que alguno de los funcionarios habla el idioma peculiar de la Comunidad. Todo ello matizado por

¹¹⁴ STS. de 13 de abril de 1998. Leopoldo TOLIVAR ALAS, Las libertades lingüísticas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p.41 y ss. Dicho autor realiza un interesante estudio sobre la compatibilidad del derecho a utilizar las lenguas cooficiales con el que existe a la libre circulación de trabajadores y el reconocido en el artículo 23.2 CE.

¹¹⁵ La doctrina jurisprudencial tradicional del Tribunal Supremo "ha venido orientada en el sentido de impedir que las pruebas de conocimiento de lenguas vernáculas distintas del castellano tuvieran carácter "eliminatorio" (...). Pero tal doctrina fue rectificada, en parte, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1986, de 26 de junio, al admitir ésta que para acceder a determinadas plazas pueda ser preceptivo el conocimiento de dichas lenguas cooficiales" STS. de 18 de abril de 1996 (Sala 3ª, Sección 2ª).

la vigencia del deber constitucional de conocer el castellano, que el Art. 3º de nuestra Norma Suprema impone a todos los españoles; y Quinto, que, cuando no medie alguna de estas circunstancias, sigue siendo plenamente aplicable la constante tesis jurisprudencial que considera discriminatoria la exigencia del conocimiento de los idiomas de las Comunidades Autónomas con carácter obligatorio, expreso o implícito”¹⁵⁰.

“Nada se opone a que los poderes públicos prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como un mérito entre otros (...) el nivel de conocimiento de las mismas: bien entendido que todo ello ha de hacerse dentro del necesario respeto a lo dispuesto en los artículos 14 y 23 de la CE, y sin que en la aplicación del precepto legal en cuestión se produzca discriminación”¹⁵¹.

5.7. MEDIDAS DE EXCLUSIÓN APLICABLES A LOS FUNCIONARIOS FRENTE A LA FALTA DE RENDIMIENTO EN EL TRABAJO

Como en diversas ocasiones ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos forma parte otro que existe a per-

¹⁵⁰ STS. de 18 de enero de 2000. Esta doctrina jurisprudencial tuvo en consideración la STC. de 26 de junio de 1986 y la de 28 de febrero de 1991, conforme a ésta última no resulta inconstitucional el inciso final del Art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad, a cuyo tenor, en el proceso de selección deberá acreditarse el conocimiento de la lengua catalana, lo que resulta admisible de conformidad con los principios de mérito y capacidad, siempre que exista proporcionalidad entre esta exigencia y el tipo o nivel de la función o puesto a desempeñar.

¹⁵¹ STC. 82/1986, de 26 de junio. En dicha sentencia el TC. declaró constitucional el artículo 13 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera; cuyos apartados 2 y 3 afirmaban respectivamente que: “Los poderes públicos determinarán las plazas para las que es preceptivo el conocimiento de ambas lenguas”. “En las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las demás plazas de la Administración en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se considerará, entre otros méritos, el nivel de conocimiento de las lenguas oficiales, cuya ponderación la realizará la Administración para cada nivel profesional”.

manecer en ellos. Pero ningún derecho tiene carácter absoluto y en caso de que la conducta o circunstancias psico-físicas de un funcionario perjudiquen seriamente al servicio que presta podrá ser retirado de su puesto previa tramitación de un expediente.

5.7.1. La separación del servicio como medida sancionatoria

Según recuerdan los Tribunales Constitucional y Supremo, *"los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicados a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la norma fundamental (STC. 18/1981, de 8 de junio). Por ello la imposición de las sanciones administrativas ha de verificarse a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el mencionado artículo 24, esto es, un procedimiento en que el presunto inculpado tenga oportunidad de alegar lo que a su Derecho convega y proponer las pruebas que estime pertinentes (STC. 125/1983, de 26 de diciembre)"*¹³⁵.

El artículo 6.f) del Reglamento de régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RDFAE.), aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que desarrolla el artículo 31 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP¹³⁶), considera falta muy grave, sancionable mediante separación del servicio (Art. 15 RDFAE.) entre otras formas¹³⁷, *"la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición del cumplimiento de las tareas encomendadas"*¹³⁸. Pero para aplicar ésta y las demás medidas sancionadoras, sin vulnerar el derecho a permanecer en su puesto de trabajo que ostenta todo funcionario, ha de

¹³⁵ STS de 23 de enero de 1998.

¹³⁶ Fundamentos y peculiaridades del régimen sancionador que afecta a los funcionarios públicos en Juan Manuel TRAYTER (DÍMEZ), Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos, Marcial Pons, Madrid, 1992.

¹³⁷ Este precepto reproduce literalmente el contenido del artículo 31.1) LMRFP.

instruirse previamente un procedimiento que se iniciará (Art. 27 RDFAE.)¹⁵⁶ e impulsará de oficio (Art. 25 RDFAE.), cuya tramitación, comunicaciones y notificaciones deberán ajustarse en todo a lo dispuesto en los artículos 58, 59 y 74 a 77 LAP. (Art. 26 RDFAE.).

Para ordenar la incoación de un expediente disciplinario resulta competente el Subsecretario del Departamento en que esté destinado el funcionario; aunque así mismo podrán acordarla los Directores generales respecto del personal dependiente de su Dirección General y los Delegados del Gobierno o Gobernadores civiles, en cuanto a los funcionarios que trabajan en sus correspondientes ámbitos territoriales (Art. 29.1 RDFAE.)¹⁵⁷.

En la resolución donde se incoe habrá de nombrarse como instructor un funcionario público perteneciente a un Cuerpo o Escala de igual o superior grupo al del inculcado, conforme al orden establecido en el artículo 25 LAP. y en caso de que dependa de otro Departamento, será requerida autorización previa del Subsecretario de éste. Cuando la complejidad o trascendencia de los hechos a investigar así lo exija, también procede el nombramiento de un Secretario, que en todo caso debe tener la condición de funcionario (Art. 30 RDFAE.).

La incoación del procedimiento con los nombramientos oportunos se notifica al sujeto a expediente, así como a los designados para ostentar dichos cargos (Art.31 RDFAE.), que están sujetos a las normas de abstención y recusación establecidas en los artículos 28 y 29 LAP. (Art. 32.1 RDFAE.). Una vez Iniciado, la autori-

¹⁵⁶ "El procedimiento se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia" (Art. 27 RDFAE.). "El órgano competente para incoar el procedimiento podrá acordar previamente la realización de una información reservada" (Art. 28 RDFAE.).

¹⁵⁷ "La incoación del expediente disciplinario podrá acordarse de oficio o a propuesta del Jefe del centro o dependencia en que preste servicio el funcionario" (Art. 29.2 RDFAE.).

dad que acordó la incoación podrá adoptar cuantas medidas provisionales estime oportunas para asegurar la eficacia de una posible resolución (Art. 33.1), siempre que no resulten susceptibles de ocasionar perjuicios irreparables o impliquen violación de derechos amparados por las Leyes (Art. 33.3 RDFAE.).

El instructor ordena la práctica de aquellas diligencias que considere adecuadas para concretar y comprobar los hechos y en particular de las pruebas que puedan conducir a su esclarecimiento, al igual que a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. Como primeras actuaciones, *"procede a recibir declaración del presunto inculpaado y a evacuar cuantas diligencias se deduzcan de la comunicación o denuncia que motivó la incoación del expediente y de lo que aquél haya alegado en su declaración"* (Art. 34. 1 y 2 RDFAE.)³⁰.

A la vista de las actuaciones practicadas y en un plazo no superior a un mes, contado a partir de la incoación, salvo que el Instructor solicite su ampliación por causa justificada, éste formulará el correspondiente pliego de cargos, que comprenderá los hechos imputados, con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones potencialmente aplicables conforme a lo previsto en el artículo 14 del presente Reglamento.

Dicho pliego, que ha de redactarse con claridad y precisión, en párrafos separados o numerados por cada una de las actuaciones ilícitas imputadas al funcionario (Art. 35. 1 y 2 RDFAE.), se notifica a éste, concediéndole un lapso temporal de diez días para contestarlo con las alegaciones que considere convenientes a su defensa y con la aportación de cuantos documentos estime de interés, debiendo además solicitar la práctica de las pruebas que para defenderse crea necesarias (Art. 36 RDFAE.).

³⁰ "Todos los Organismos y dependencias de la Administración están obligados a facilitar al instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales que precise para el desarrollo de sus actuaciones" (Art. 34.2 RDFAE.).

Una vez contestado el pliego, o transcurrido el periodo de tiempo previsto sin haberlo hecho, el Instructor puede acordar la ejecución de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas y la de todas aquellas que crea pertinentes, para cuya realización existe el plazo de un mes (Art. 37.1 RDFAE.)¹⁰⁸. Su realización, que podrá llevarse a cabo por cualquier medio admisible en derecho (Art. 38 RDFAE.), así como el lugar, fecha y hora en que habrán de celebrarse, se comunicarán al interesado, debiendo incorporarse al expediente constancia de que ha recibido la notificación (Art. 39 RDFAE.)¹⁰⁹.

Cumplimentados estos trámites, también se le da vista del expediente con carácter inmediato y copia completa si lo solicita para que, en un nuevo plazo de diez días, alegue lo que estime pertinente a su defensa y aporte cuantos documentos juzgue de interés (Art. 41 RDFAE.).

Dentro de los diez días siguientes, el instructor formula una propuesta de resolución en que debe fijar con precisión los hechos, motivando si procede la denegación de las pruebas propuestas por el inculpado. Tras valorarlos jurídicamente, ha de determinar la falta que se estime cometida, señalar la responsabilidad del funcionario y describir la sanción a imponer (Art. 42 RDFAE.). La propuesta de resolución se notifica por el Instructor al afectado para que, en otro plazo de diez días, le exponga cuanto considere favorable a su defensa (Art. 43 RDFAE.).

Oído el inculpado, o transcurrido este periodo sin que tenga lugar alegación alguna por su parte, se remitirá con carácter inmediato el expediente completo al ente que hubo acordado la incoa-

¹⁰⁸ "El Instructor podrá denegar la admisión y práctica de las pruebas para averiguar cuestiones que considere innecesarias, debiendo motivar la denegación, sin que contra esta resolución quepa recurso del inculpado" (Art. 37.2 RDFAE.).

¹⁰⁹ La intervención del Inspector en todas y cada una de las pruebas resulta esencial y no puede ser suplida por la del Secretario, sin perjuicio de que el Instructor pueda interesar la práctica de otras diligencias de cualquier órgano administrativo (Art. 40 RDFAE.).

ción, quien a su vez lo enviará al órgano competente para dictar la decisión oportuna o, en su caso, ordenará al Instructor la práctica de las diligencias que crea necesarias (Art. 44 RDFAE.).

La resolución (siempre motivada), que pone fin al procedimiento disciplinario, debe adoptarse en el plazo de diez días, salvo en caso de separación del servicio y resolver todas las cuestiones planteadas en el expediente (Art. 45 RDFAE.). En ella ha de determinarse con toda precisión la infracción cometida, señalando los preceptos en que aparezca recogida la clase de falta, el funcionario responsable y la sanción que se impone, haciendo expresa declaración en orden a las medidas provisionales adoptadas durante la tramitación del procedimiento (Art. 48.1 RDFAE.). Tiene que ser notificada al inculpado, con expresión del recurso o recursos procedentes contra la misma, el órgano ante el que han de presentarse y plazos para interponerlos (Art. 48.3 RDFAE.).

5.7.2. Exclusión por incapacidad sobrevenida

Pensando en una posible incapacidad sobrevenida, el artículo 20.1.e) LMRFP. establece que *“los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo (...) o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la junta de personal correspondiente”*.

Dicho precepto fue desarrollado en el artículo 20 del Real Decreto 28/1990, de 15 de enero, que aprobó el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional. Conforme al mismo la propuesta motivada de remoción será formulada por el titular del centro directivo, notificándose al interesado para que presente alegaciones y aporte los documentos que

estime pertinentes; la propuesta definitiva se pondrá de manifiesto a la Junta de Personal, que puede emitir su parecer en el plazo de diez días, resolviendo finalmente la autoridad que efectuó el nombramiento. La resolución será motivada y notificada al interesado en el plazo de diez días, comportando en su caso el cese del funcionario en el puesto de trabajo, sin perjuicio de los recursos administrativo y contencioso-administrativo que procedan.

6. DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD, DISCAPACIDAD, DEFICIENCIA Y MINUSVALÍA

La Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, elaboró en 1976 un documento titulado "*Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías*"¹. Allí define el término deficiencia como toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; entiende que discapacidad es cualquier restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se cree normal para un ser humano y considera minusvalía a la desventaja que supone para el individuo padecer una discapacidad, que le limita o impide un desenvolvimiento normal en sociedad. Mientras que las deficiencias y discapacidades constituyen algo intrínseco a quienes cuentan con ellas, las minusvalías, que igualmente parten de una base somática, surgen en relación con el medio externo, debido a los obstáculos culturales, materiales y sociales que encuentran por aquellas.

Pese a tales diferencias, estos dos últimos términos se utilizan frecuentemente como sinónimos en lenguaje ordinario e incluso en algunos de nuestros textos legales. Por ejemplo hasta hace poco, la disposición adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establecía que "*en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no infe-*

¹ Sobre las aportaciones de la Comunidad Internacional en materia de incapacidades: Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 1997, p. 599 y ss.

rior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por cien"² y en el recientemente derogado artículo 19.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que fue aprobado el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y de promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado (RGIPP), también se hacía referencia al "cupo de plazas reservadas a personas con discapacidad", cuando lo requerido para optar a ellas consiste en un determinado grado de minusvalía.

Según dispone el artículo 7 de la LISMI³, minusválido es "toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallan disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales" y el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación

² Dicha disposición ha sido modificada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre Empleo Público de Discapacitados que, además de corregir este pequeño error conceptual, incrementa el porcentaje de plazas reservadas. Textualmente afirma que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento, de modo que, progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente."

³ Esta ley fue elaborada con objeto de proporcionar un marco general de aplicación al artículo 49 CE; que establece para los poderes públicos la obligación de realizar "una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Afronta, en primer lugar, los medios dirigidos a la prevención, diagnóstico y valoración de las minusvalías (Arts. 8 a 11); seguidamente hace referencia a la rehabilitación médico-funcional y profesional (Arts. 18 a 22 y 32 a 36 respectivamente), a la formación y orientación de recursos humanos (Arts. 62 a 64), a la educación (Arts. 23 a 31), el empleo (Arts. 37 a 48) o la eliminación de barreras arquitectónicas (Arts. 54 a 61).

y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, destinada a colmar las lagunas que el tiempo y las circunstancias han causado en esta última norma establece, a mi entender con escaso acierto, que *"tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento"*⁴.

De estas definiciones tan ambiguas, quizá debido a que abarcan conceptos relativamente nuevos, así como a la extraordinaria amplitud y heterogeneidad de situaciones que pretenden englobar, cabe extraer varias conclusiones: que no siempre quienes sufren una deficiencia padecen discapacidades, que un discapacitado lo es, para la OMS, al menos, tenga o no oficialmente reconocida su minusvalía y que ésta última depende en un alto índice de aspectos extrínsecos, aunque relacionados con la concreta situación psico-física del afectado.

Considerando las tres descripciones elaboradas en el seno de dicha organización, mientras que el alcance de las dos primeras puede precisarse mediante criterios más o menos objetivos, a la hora de determinar hasta donde llega la tercera intervienen decisivamente algunos factores sociales o culturales externos. Así, una misma deficiencia o discapacidad resulta susceptible de ocasionar cuadros de minusvalía en un contexto cultural y no en otro; incluso dentro de la misma estructura social provocar más minusvalías entre los hombres que entre las mujeres o viceversa, afectar en mayor medida a unos estratos socio-económicos que a otros... También ocurre que dos personas con similares características pueden padecer o no minusvalías en función de con que actitudes

⁴ El citado precepto continúa diciendo que "En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

y aptitudes hagan frente a su situación, procurando o no integrarse en la sociedad⁵.

Lo anterior significa que las dos primeras circunstancias constituyen (caso de las deficiencias) o se basan en (caso de las discapacidades) componentes orgánico-funcionales, mientras que el reconocimiento de las terceras (minusvalías) obliga a incorporar una serie de aspectos sociales y personales muy difíciles de valorar con exactitud.

6.1. LA INCAPACIDAD LABORAL

En el ámbito de la Seguridad Social los textos jurídicos no hablan de minusvalías sino de incapacidades, permanentes o temporales⁶, que nada tienen que ver con la falta de capacidad civil. Se hace depender de ellas el derecho a percibir ciertas prestaciones económicas, distinguiendo dos subespecies según si el interesado ha cotizado o no con anterioridad durante un determinado periodo de tiempo.

Las diferencias esenciales entre una y otra modalidad no sólo radican en la cuantía de las pensiones y requisitos para obtenerlas⁷, sino también en el procedimiento a seguir al determinar su porcentaje.

⁵ AAVV. Discapacidad y trabajo en España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998, p.32 y ss.

⁶ Incapacidad temporal es la situación en que se encuentra el trabajador "mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo" (Art. 128.1.a) LGSS). Al respecto: Manuel ALONSO OLEA y José Luis TORTUERO PLAZA. Instituciones de Seguridad Social, Civitas, Madrid, 2002, p.269 y ss. o José Francisco BLASCO LAHOZ, Juan LÓPEZ GANDÍA y M^a Ángeles MOMPALER CARRASCO, Curso de Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 411 y ss.

⁷ La lógica diferencia que existe en cuanto a la cuantía de las prestaciones económicas dependiendo de si se ha cotizado o no a la Seguridad Social conlleva una consecuencia sin repercusiones aparentes pero a mi entender nada desdeñable: Mientras algunos intentan probar que no se encuentran física o mentalmente capacitados para desempeñar un puesto de trabajo, otros con dificultades mayores se ven económicamente obligados a demostrar contra viento y marea que pueden hacerlo.

6.1.1. Incapacidad contributiva

En cuanto a la modalidad contributiva, *"es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del invalido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo"* (Art. 136.1 LGSS.).

Un primer factor determinante para que tenga lugar el reconocimiento de la misma, consiste en que han de haberse producido *"reducciones anatómicas o funcionales graves"*, ya deriven de accidente de trabajo, enfermedad profesional o enfermedad común. Dado que el fin pretendido consiste en valorar adecuadamente su alcance real para aplicar las medidas oportunas, deberán tenerse en cuenta los padecimientos que sufre la persona afectada, independientemente de cual fuera el hecho causante.

Otro es que en este precepto se introduce la expresión *"susceptibles de determinación objetiva"*, haciendo referencia al dato básico de que exista una enfermedad o accidente real del que deriven efectos evaluables e invalidantes. Pretende así la norma que el proceso patológico en cuestión y sus consecuencias resulten determinados objetivamente por la ciencia médica, huyendo de vaguedades, inconcreciones o descripciones carentes de base científica constatable, para evitar la picaresca que puede y suele darse cuando, según sucede en estos supuestos, se trata de obtener un beneficio principalmente económico*.

* La jurisprudencia considera correcto tener en cuenta factores psiquiátricos, tales como "la neurosis depresiva con gran componente angustioso", "la angustia... estar sin ánimo para nada", "un estado general de depresión", "la tensión emocional a que le tendría sometido el recuerdo traumatizante" de un accidente, resultado de la cual sufre pérdidas de conocimiento y crisis convulsivas" o una "neurosis de angustia evidente (...) que hace muy difícil la convivencia con otras personas". *Ibidem*, p. 257.

Las reducciones anatómico-funcionales deben ser también previsiblemente permanentes y posteriores al alta médica, aunque ninguno de estos requisitos resulta siempre imprescindible. El propio artículo 136.1 LGSS, dispone que *"no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente, en los casos en que concurren secuelas definitivas"* (Par. 2º) y que la necesaria persistencia no es incompatible con *"la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo"* (Par. 1º). Además han de constituir algo actual, efectivo o de presente y no futuros estados invalidantes, cuya eventual aparición quedará suficientemente cubierta por el medio legal de la revisión.

"Una cosa es la aparición del agente lesivo o nocivo y otra distinta es la objetivación de una lesión o dolencia como invalidante de forma definitiva e irreversible"; de hecho los elementos patológicos sólo suponen aspectos trascendentes si traen como consecuencia una anulación o disminución apreciable de la capacidad de trabajo.

Estas variaciones, que marcan la línea de separación entre incapacidades permanentes y lesiones no invalidantes¹⁰, adquieren dimensiones muy distintas, que han de expresarse cada vez en forma de porcentaje. La calificación del nivel de incapacidad requiere que tenga lugar un juicio lógico jurídico previo, es revisable en vía de recurso y no consiste simplemente en una declaración médica sobre el estado de salud del afectado, sino en un acto administrativo con consecuencias en los órdenes laboral y de protección social¹¹. El Tribunal Constitucional insiste en la necesidad de analizar individualmente cada situación¹². *"En materia de invalidez per-*

¹⁰ STS. de 20 de abril de 1994.

¹¹ Antonio J. PIÑEYRO DE LA FUENTE, "Conceptos protegidos, requisitos de acceso y prestaciones previstas", en *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico* (Coord. José M^o BLANCO MARTÍN), Lex Nova, Valladolid, 2002, p.174 y ss.

¹² STS. de 6 de octubre de 1992.

¹³ STC. 53/1996, de 26 de marzo.

manente dificultante pueden darse supuestos con identidad sustancial, pues cada caso se decide en función de todas sus circunstancias"¹².

Al menos respecto a la incapacidad permanente contributiva, el sistema de la Seguridad Social no había recurrido en los últimos años a la elaboración de listas de disminuciones o enfermedades incapacitantes que sí fueron usuales en otras épocas. Sin embargo tras la reforma de la LGSS, efectuada por la LCR. (Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social), el panorama parece haber cambiado, al contemplarse éste sistema como criterio básico para la clasificación posterior (Art. 137.1 LGSS.)¹³. Dicha ley no elabora ningún listado ni concreta su influencia a la hora de determinar el nivel de incapacidad, cediendo la tarea de hacerlo a quienes elaboran los reglamentos.

El artículo 137.1 LGSS, reconoce cuatro grados de incapacidad permanente, que se determinan tomando como punto de referencia el trabajo habitualmente desarrollado o, en extremo, cualquier otra actividad productiva. Puede denominarse:

-*Permanente parcial para la profesión habitual*¹⁴, que constituye el menor de los niveles reconocidos en cuanto a reducción de la capacidad laboral se refiere. Sin alcanzar el grado de total, es la que

¹² En esta sentencia el TC, admite como correcta la declaración, llevada a cabo por los Tribunales Ordinarios, de una incapacidad permanente parcial en vez de total en un supuesto, pérdida completa de visión en un ojo, que en algún otro caso había sido declarado como incapacidad permanente total, atendiendo al conjunto de circunstancias añadidas en cada uno de ellos.

¹³ Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA, "La Incapacidad Permanente", en Derecho de la Seguridad Social (Dir. Luis Enrique DE LA VILLA GIL), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p.471 y ss.

¹⁴ Para la calificación de las incapacidades permanentes parcial y total derivada de enfermedad (común o profesional), profesión habitual es la actividad fundamental del trabajador anterior a la misma, mientras que si deriva de accidente, sea o no de trabajo, se considera como tal la desempeñada normalmente al tiempo de sufrirlo (Art. 137.2 LGSS.). El artículo 8.5 LCR amplía este concepto, considerando como habitual la "profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada".

ocasiona al trabajador una disminución igual o superior al 33% en su rendimiento normal con respecto a dicha profesión, no impidiéndole desarrollar las tareas fundamentales de ésta (Art. 137.3 LGSS).

-Permanente total para la profesión habitual, dada cuando el individuo queda inhabilitado en cuanto a la realización de todas o de las tareas fundamentales de su ocupación, pudiendo dedicarse a otra distinta (Art. 137.4 LGSS). En Sentencia de 21 de noviembre de 1996 el TS. afirmó expresamente que “de acuerdo con el artículo 137.2 de la vigente LGSS. 1994, que contiene idéntica regulación a la de la anterior LGSS. 1974, aplicable al caso, la profesión habitual a efectos de reconocer la prestación de invalidez permanente total es aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el tiempo anterior a la iniciación de la incapacidad” y que “esta referencia temporal concreta de la profesión habitual obliga a una valoración también concreta de todas las circunstancias de la actividad de trabajo, incluida la incompatibilidad con un ambiente determinado”¹⁶.

Junto a la incapacidad permanente total ordinaria se ha configurado otra modalidad cualificada, que supone una prestación incrementada sobre la base de circunstancias precisas. Concretamente ha de tratarse de personas mayores de 55 años cuya falta de preparación general o especializada, así como las coyunturas sociales y laborales de su lugar de residencia, hagan presumiblemente difícil que obtengan empleo en actividades distintas de la suya habitual¹⁷.

-Permanente absoluta para todo trabajo, que en principio excluye por completo a la persona de cualquier profesión u oficio (Art. 137.5 LGSS). Digo “en principio” pues, aunque éste hecho consti-

¹⁶ “Profesión habitual no es la desempeñada al tiempo de solicitarse la prestación”, sino “cuando se sufren las lesiones que producen las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva susceptibles de mermar la capacidad laboral” (STS. de 31 de mayo de 1996).

¹⁷ Manuel ÁLVAREZ ALCOLEA y Ángel Luis DE VAL TENA, Derecho de la protección social (2ª edición), Kronos, Zaragoza, 2004, p. 163 y ss.

tuye un aspecto determinante al diagnosticarlas, el Art. 141.2 LGSS, establece que *"las pensiones vitalicias en caso de invalidez (incapacidad permanente absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"*.

-*Gran invalidez*, que es la situación de quien, padeciendo incapacidad permanente absoluta y por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (Art. 137.6 LGSS)¹⁸.

Desde la entrada en vigor de la LISMI, cuya disposición final quinta modificó el número 6 del artículo 135 LGSS, cabe afirmar que su reconocimiento tampoco implica necesariamente la incapacidad para todo trabajo¹⁹. El hecho de llevar a cabo una actividad productiva puede resultar perfectamente compatible con la necesidad de concurso de tercera persona al realizar actos esenciales de la vida diaria. Además, según ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de marzo de 1988 y 30 de enero de 1989, no es preciso para constituir gran invalidez que la ayuda tenga carácter continuado o permanente, ni tampoco que se requiera en todos los actos de la vida cotidiana.

La calificación de las situaciones de incapacidad permanente determinando su grado y las eventuales revisiones que puedan proceder, constituyen actuaciones administrativas de constatación

¹⁸ Para definir la situación de dependencia suele tomarse como punto de partida el concepto de persona dependiente aportado por el Consejo de Europa en 1998. Considera como tal a aquella que "por razones ligadas a la falta o la pérdida de la capacidad física, psíquica o intelectual, tiene necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria". Juan Antonio MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 17.

¹⁹ Entre otras: SSTs. de 15 de diciembre de 1993, 15 de abril de 1994 y 9 de mayo de 1995.

del estado invalidante y requieren la previa tramitación de un expediente que concluya mediante resolución motivada.

Competente para conocer de ellas resulta el Instituto Nacional de la Seguridad Social (Art. 143.1 LGSS)²⁰ mediante la Dirección Provincial (órgano periférico) del lugar donde resida el interesado (Art. 1.1 del RD. 1300/1995, de 21 de julio)²¹. A fin de llevar a cabo estas tareas (reconocimiento de la incapacidad, determinación del grado, seguimiento una vez diagnosticada...) en cada Dirección Provincial, con encuadramiento orgánico y funcional dentro de la misma, se constituye un Equipo de Valoración de Incapacidades u opcionalmente varios, cuando el número de casos a resolver o las características de algún sector laboral así lo aconsejen²².

Como dispone el Real Decreto 1300/1995 (Arts. 4, 5 y 6), que fija las especialidades del proceso necesario para determinar toda

²⁰ Existe cierta polémica debido a las dificultades al diferenciar entre Seguridad Social y Asistencia Social, cuyas competencias sí pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas (Art. 148.1.20 CE). El artículo 149.1.17) CE. establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

²¹ El RD. 1300/1995, de 21 de julio, desarrolla la Ley 42/1994 en materia de incapacidades laborales; atribuyendo al INSS, la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad, reconocer el derecho a prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como la de determinar las contingencias causantes de las mismas. Un detallado estudio de estos procesos es el realizado por Noemí SERRANO ARGÜELLO, "Evaluación, calificación, revisión, efectos económicos e incompatibilidades de la incapacidad permanente", en *Las incapacidades laborales*, Cit, p.237 y ss..

²² Aunque su número de miembros puede verse incrementado, en principio estos tribunales están compuestos por un Presidente y cuatro Vocales. Presidente será el Subdirector de Invalidez del Instituto Nacional de la Seguridad Social o funcionario que designe su Director general y Vocales: un Médico Inspector, un Facultativo Médico del INSS, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, así como un funcionario del IPSS, que trabaje en la tramitación de prestaciones por invalidez. Cada miembro titular tendrá un suplente, que le sustituirá en caso de ausencia, vacante o enfermedad (Art 2 del RD. 1300/1995). Pese a que el artículo 2.3 del Real Decreto sólo hace referencia a cuatro vocales, en su punto 4 establece que también serán designados: un experto en recuperación y rehabilitación y otro en seguridad e higiene en el trabajo.

incapacidad o lesión permanente con respecto al procedimiento administrativo común, aquél se regula en tres fases: una primera de iniciación, la segunda de instrucción y por último la de resolución.

Según afirma el artículo 4 del citado Real Decreto, el procedimiento para la evaluación y declaración de incapacidades puede iniciarse: de oficio, esto es, por propia iniciativa de la Entidad gestora o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria; previa solicitud del trabajador o su representante legal, así como a instancia de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social, concretamente mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente²⁷.

Dicho proceso deberá impulsarse de oficio en todo caso, conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992 reformada, y su tramitación requiere varios actos o informes preceptivos, concretamente: aportación del alta médica de asistencia sanitaria e historial clínico, previo consentimiento del interesado o su representante legal y formulación de dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), que se acompañará de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, otro de antecedentes profesionales y los de alta y cotización que condicionan el acceso al derecho.

Emitido el dictamen-propuesta y remitido al Director Provincial del INSS, será concedida audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen preciso durante un plazo de diez días, incluido el empresario cuando exista propuesta de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el tra-

²⁷ Salvo que hayan sido declarados responsables de las prestaciones, los empresarios no están legitimados para cuestionar el reconocimiento de la incapacidad permanente de un trabajador a su cargo ni para pedir la revisión del grado.

bajo. Este trámite de audiencia tendrá lugar en los términos que la Ley 30/1992 prevé para el procedimiento administrativo común (Art. 84); pero siguiendo las pautas fijadas en dicha norma (Art. 35.e)), es posible que los interesados formulen alegaciones y aporten documentos en cualquier momento del procedimiento. Si éstos presentan escritos o pruebas que contradigan el informe elaborado, preceptivo pero no vinculante, habrá de reexaminarse lo actuado por el EVI, viéndose obligado a emitir éste uno complementario (Art. 12 de la Orden de 18 de enero de 1996, que desarrolla el RD. 1300/1995, de 21 de julio).

La resolución del expediente, que debe ser expresa en todos los procedimientos incoados y adoptada sin estar vinculada la Dirección Provincial del IPSS, por concretas peticiones de quienes se consideren afectados²⁴, habrá de hacer constar necesariamente el plazo a partir del que cabe instar la revisión por agravamiento o mejora²⁵. Si en el transcurso de 135 días, a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación en los procedimientos de oficio o desde la recepción de la solicitud en los demás supuestos, no existe respuesta alguna, habrá de entenderse denegada la petición por silencio administrativo²⁶.

6.1.2. Incapacidad no contributiva

En la modalidad no contributiva, el artículo 134.2 LGSS, dispone que *"podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico y psíquico, congénitas o no, que*

²⁴ El TS, ya en Sentencia de 14 de junio de 1975 entendió que las entonces llamadas "Comisiones Técnicas Calificadoras no están vinculadas a las peticiones concretas de las partes, pudiendo declarar la procedencia de prestaciones distintas o superiores a las inicialmente pedidas".

²⁵ Manuel ÁLVAREZ ALCOLEA y Ángel Luis DE VAL TENA, Manual de Derecho de la Protección Social, Laborum, Murcia, 2003, p.187 y ss.

²⁶ Tal resolución es recurrible ante la jurisdicción social previa reclamación frente al órgano emisor.

anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen", siempre que el grado de minusvalía o enfermedad crónica resulte igual o superior al 65% o al 75% si se necesita el concurso de una tercera persona, en términos similares a la gran invalidez contributiva, determinado conforme a unos baremos comprendidos en los anexos I y II del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre".

Tales alteraciones pueden afectar o no a la condición profesional del sujeto y tampoco resulta relevante el hecho de si han sido adquiridas con anterioridad o en el momento de la solicitud. La clave de esta invalidez, que a menudo se denomina minusvalía, no consiste solamente en una disminución más o menos grave de la capacidad profesional sino unida a diversos elementos, pues para determinarla son tenidos en cuenta tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales directamente derivados de la discapacidad como muchos otros de carácter social complementarios (edad, entorno familiar, nivel educativo y cultural...) (Art. 148.1 LCSS, RPH², y Anexos I y III de la OM. de 8 de marzo de 1984).

En ambos supuestos, incapacidad laboral contributiva y minusvalía (esta última puede dar lugar a prestaciones por hijo a cargo³ y no contributivas)⁴, la falta de aptitudes se valora en

² El Real Decreto 1971/1999 se completa con una corrección de errores, publicada en el BOE, de 13 de marzo de 2000. De los dos anexos que contiene, el primero sirve para determinar el grado de minusvalía o enfermedad crónica y el segundo responde a la necesidad de precisar si procede o no el concurso de otra persona.

³ RD 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desamilla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, en que éstas fueron establecidas.

⁴ Las prestaciones familiares por hijo minusválido a cargo están destinadas principalmente a compensar los gastos adicionales que supone tener un hijo con ciertas peculiaridades. Aunque haya alcanzado la mayoría de edad civil y disponga de plena capacidad de obrar, éste será el causante pero no el beneficiario, salvo que se trate de un huérfano absoluto o abandonado. Su cobertura autonómica puede venir a través de la pensión de invalidez no contributiva, pero con la sustancial diferencia de que en tal caso se le exige a no superar un umbral de renta familiar, cosa que no ocurre en las asignaciones por hijo a cargo. Juan Antonio MALDONADO MOLINA, Cit. p. 38 y ss.

forma de porcentaje pero atendiendo a criterios distintos: Si la persona ha cotizado a la Seguridad Social con anterioridad y durante el tiempo estipulado al respecto se considera únicamente su capacidad profesional; mientras que de no haberlo hecho serán tenidos en cuenta aspectos complementarios, que pueden hacer perder la perspectiva del alcance real de las lesiones y de la capacidad profesional del sujeto.

Concretamente *"para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios (...), sin que ésta pueda superar los 15 puntos"*. El índice mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que cabe aplicar el citado baremo no puede ser inferior al 25 por 100 (Art. 5.3 RD. 1971/1999, de 23 de diciembre).

Al ser el reconocimiento del grado de minusvalía o invalidez no contributiva uno de los aspectos incluibles entre las potestades de ejecución de la legislación en materia de Seguridad Social, el artículo 149.1.17^o CE, posibilita que tal competencia sea asumida por las Comunidades Autónomas. Pero en caso de no haberles sido transferida corresponderá a las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales⁹¹.

⁹¹ Para ser beneficiario de una pensión por incapacidad en su modalidad no contributiva se requiere: Tener más de 18 años y menos de 65 en la fecha de solicitud; residir legalmente en España y haberlo hecho durante un determinado periodo de tiempo; ser minusválido o enfermo crónico en grado igual o superior al 65 por 100 y carecer de ingresos suficientes. Acerca de las mismas: Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, "Acción social", en Derecho público aragonés (Dtr. Antonio EMBID IRUJO), Dykinson, Madrid, 2000, p. 504 y ss.

⁹² "Si el interesado residiese en el extranjero la competencia para el ejercicio de tales funciones corresponderá al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma o Dirección Provincial del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales a cuyo ámbito territorial pertenezca el último domicilio habitual que el interesado acredite haber tenido en España" (Art. 8 RD. 1971/1999). "Dichas competencias (...) se ejercerán con arreglo a los principios generales y disposiciones de común aplicación contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre...", sin olvidar las especialidades que procedan (Art. 6.2 RD. 1971/1999).

"Los dictámenes técnico-facultativos para el reconocimiento de grado serán emitidos por los órganos técnicos competentes dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en su ámbito competencial". De dichos órganos y equipos "formarán parte, al menos, médico, psicólogo y trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios" (Art. 8.1 RD. 1971/1999)²².

Entre otras funciones, como la concreción del plazo a partir del que cabrán posibles revisiones y las que legal o reglamentariamente les sean encomendadas; estos equipos se encargan de "efectuar la valoración de las situaciones de minusvalía y la determinación de su grado, la revisión del mismo por agravación, mejoría o error de diagnóstico, así como también determinar la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria y las dificultades para utilizar transportes públicos colectivos" (Art. 8.2 RD. 1971/1999).

"La valoración de las situaciones de minusvalía y la calificación de su grado se efectuará previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes a que se refiere el artículo 8 del presente Real Decreto". "Dichos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes". "El órgano técnico competente emitirá dictamen propuesta que deberá contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos". "Cuando las especiales circunstancias de los interesados así

²² "La composición, organización y funciones de los equipos de valoración y orientación dependientes del IMSERSO, así como el procedimiento para la valoración del grado de minusvalía dentro del ámbito de la Administración General del Estado serán desarrollados por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" (Art. 8.3 RD. 1971/1999).

lo aconsejen, el órgano técnico competente podrá formular su dictamen en virtud de los informes médicos, psicológicos o, en su caso, sociales emitidos por profesionales autorizados" (Art. 9 RD. 1971/1999).

"Los responsables del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las competencias en materia de valoración de situaciones de minusvalía y calificación de su grado o los Directores provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en el ámbito territorial de su competencia, deberán dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los exámenes para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad si procede" (Art. 10.1 RD. 1971/1999).

6.2. RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DE LA FALTA DE CAPACIDAD EN DERECHO CIVIL

En líneas generales y desde un punto de vista jurídico, la incapacidad constituye un estatus de la persona física que se declara judicialmente, transformándose en estado civil, cuando concurre en ella alguna de las causas establecidas por la ley y que comporta, entre otros rasgos, una mayor o menor limitación de su capacidad de obrar, así como en el ejercicio de algunos derechos personales.

A la hora de declarar incapaz a un sujeto de derecho concurren dos aspectos a considerar, opuestos entre sí pero ambos ineludibles: de una parte la exigencia de aquilatar al máximo en los recortes o límites de la capacidad, tratando siempre de lograr una correspondencia lo más exacta y fiel posible entre limitación jurídica y limitación natural, puesto que la dignidad de los seres humanos y el derecho a su libre desarrollo están en juego; de otra la necesidad de atender al buen funcionamiento del llamado tráfico jurídico, tendiendo a impedir posibles fraudes y que las relaciones entre individuos se conviertan en una auténtica caja de sorpresas³⁹. La medida trata de evitar que quienes actúan de buena fe

celebren contratos nulos o anulables por desconocer la falta de capacidad natural de la otra parte.

La declaración de incapacidad no pretende ser un fin en sí misma sino un medio de protección para determinadas personas²³ y únicamente puede producirse mediante sentencia constitutiva²⁴, debiendo ésta precisar la extensión y límites de aquella (Art. 760.1 LEC). Afecta al autogobierno²⁵, principalmente en cuanto se trata de administrar los bienes materiales propios o ejercer algunos derechos de los ámbitos familiar (contraer matrimonio, reconocimiento de hijos...) y sucesorio (hacer testamento o recibir herencias). Su tramitación es llevada a cabo a través de un procedimiento contencioso declarativo, lo cual garantiza la discusión abierta entre las partes implicadas permitiéndoles con posterioridad interponer todos los recursos posibles.

Según cabe deducir del artículo 200 CC. para que tenga lugar han de concurrir cuatro elementos valorativos: La existencia de una enfermedad o deficiencia, que ésta sea de carácter físico o psíquico

²³ Antonio GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*. Tecnos, Madrid, 1986, p.82.

²⁴ En este sentido y sobre los diversos medios de protección que las leyes reconocen: Mercedes IBERDIA PUENTE y Cristóbal FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*. Colex, Madrid, 1998.

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal Supremo, antes y después de aprobarse la Ley 13/1983, que reformó el Código Civil en este aspecto, ha considerado constitutivas e irretroactivas las sentencias de incapacitación (SSTS. de 23 de marzo de 1994, 19 de febrero de 1996, 19 de mayo de 1998...). Si bien no por el hecho de que una persona no esté incapacitada judicialmente hay que estimarla capaz sin posibilidad de probar lo contrario o instar la declaración de nulidad de los actos que haya realizado. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, "Capacidad jurídica y capacidad de obrar", en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p.16 y ss.

²⁶ La expresión "autogobierno" apela a las facultades cognitivas y volitivas del sujeto, por lo que obviamente quedan excluidos del tipo legal quienes sufran alguna merma sensorial o motriz que no afecte a la potencialidad de entender o querer. Rafael MARTÍNEZ DÍEZ, "Los discapacitados no incapacitados. Situaciones especiales de protección", en *Los discapacitados y su protección jurídica*. Cit. p.193.

(todas lo son), que vaya a persistir en el tiempo y que como resultado impida a la persona en cuestión gobernarse por sí misma¹⁷.

En cuanto a la situación de persistencia, debe considerarse de permanencia con respecto al futuro y no hacia el pasado. Lo que para estimarla se requiere es una presunción científica, apreciada por el juez competente, de que ese impedimento de autogobierno detectado y probado en el momento presente perdurará en el tiempo, por lo que la resolución de incapacitación no tiene carácter retroactivo¹⁸. En sentencia de 19 de febrero de 1996, el TS. aceptó, como regla general, la irretroactividad de este tipo de decisiones, señalando además que en principio y salvo prueba concreta en contrario todos los actos y contratos efectuados por el incapacitado con fecha anterior a la resolución judicial resultan perfectamente válidos. Tales negocios pueden atacarse no debido a la declaración de incapacidad posterior, sino exclusivamente en base a una incapacidad de obrar natural, coetánea al hecho impugnado, alegada y plenamente demostrada por quien tenga legitimación para ello¹⁹.

La imposibilidad del propio gobierno constituye ese elemento esencial a determinar que debe demostrarse en cada supuesto. Se predica como correctivo del dato médico previo, de manera que lo verdaderamente relevante, partiendo de que existe una enfermedad o deficiencia predeterminada y permanente, son los efectos reales que produce en el sujeto²⁰. Las pruebas de la incapacidad han de resultar directas, concluyentes, rotundas, al igual que apreciadas dentro de los cauces procesales legalmente arbitrados y con observancia de las garantías constitucionales. Dado que la capacidad de

¹⁷ Un breve y esquemático análisis de estos cuatro elementos en: Enrique RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p.339 y ss.

¹⁸ Rafael LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapitado*, Colegios notariales de España, Madrid, 1997, p.18.

¹⁹ *Ibidem*, p.28.

²⁰ Félix PÉREZ ALGAR, "La incapacitación", en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (AAVV)*, Ediciones ICAI, Madrid, 1984, p.85.

autogobierno en las personas físicas supone un atributo esencial de su personalidad ésta se presume siempre, mientras no quede suficientemente demostrado lo contrario.

De entre esos cuatro factores extraíbles del Artículo 200 CC, los tres primeros pueden ser acreditados con base en criterios objetivos y científicamente válidos" mientras que el cuarto, conclusión de todos los anteriores, contiene un amplio aspecto valorativo a determinar. El hecho de que una opinión, en este caso del juez competente, sea razón suficiente para que alguien deje de ejercer con libertad alguno de sus derechos subjetivos haría peligrar la esencia de cualquier sistema democrático, incluido el nuestro, si no fuera por que existe un proceso previo que, sirviendo de garantía, obliga a incorporar los elementos básicos en que tal decisión debe fundamentarse.

Para conocer de dichas demandas resulta competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde resida la persona a que hace referencia la declaración solicitada (Art. 756 LEC.). Los presuntos incapaces "pueden comparecer en el proceso con su propia defensa o representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviera ya nombrado" (Art. 758 LEC.). "En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del supuesto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal" (Art. 759.1 LEC.).

* Algunos de los criterios para evaluar médicamente la capacidad de obrar del presunto incapaz en Santiago DEL CAJALO HUENCO y José M^o RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación", en Los discapacitados y su protección jurídica. Cit. p 58 y ss

El de incapacitación no puede concebirse "como un procedimiento civil más, sometido estrictamente al principio dispositivo, tanto en lo concerniente a las propias peticiones de las partes como en orden a los instrumentos acreditativos de una situación de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a una persona gobernarse por sí misma (Art. 200 del Código Civil) en cuanto la institución jurídica de la incapacitación se concibe como un medio no ya de ataque contra el presunto incapaz, sino, fundamentalmente, de protección de sus propios intereses, debiendo, en consecuencia, el juez, adoptar las medidas oportunas en beneficio del mismo, sin estar estrictamente delimitado en la correspondiente litis, por la mayor o menor diligencia del promotor de la misma. Así el propio Tribunal Supremo declara que "el proceso de incapacitación presenta unos caracteres especiales que le distancian notablemente de los demás procesos civiles, pues aparte de repudiar en gran medida el principio dispositivo, rehuye la verdad formal para desplazarse al de verdad material, con la obligada adscripción al principio de libertad en materia de pruebas. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de las pruebas que se practiquen a instancia de parte, existen otras de obligada práctica como medios probatorios (pruebas legales tasadas en su práctica y de libre apreciación) y gran libertad del juzgador de ordenar las que estimase convenientes (principio de oficialidad)" (Sentencia de 20 de junio de 1989)". La naturaleza civil del proceso no permite evitar ciertas diligencias (examen del presunto incapaz, dictamen facultativo y audiencia de los parientes más próximos) y "el principio de rogación queda enormemente arrinconado, en beneficio precisamente de aquel demandado cuya protección es prioritaria frente a cualquier otro interés en juego"⁴².

El procedimiento finaliza siempre mediante sentencia en la cual, si el juez ha resuelto declarar la incapacitación solicitada, determinará su extensión y límites, así como el régimen de tutela o guarda a que vaya a quedar sometido el incapacitado (Art. 208 y 210 CC.).

Con estas breves observaciones sobre la limitación de algunos derechos civiles no pretendo insinuar que resulte necesaria una sen-

tencia judicial para restringir válidamente el ejercicio del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos por falta de capacidad en cada ocasión, ni tampoco que no lo sea (más tarde me pronunciaré sobre el particular), sino únicamente poner de relieve las distintas garantías con que cuenta el considerado incapaz según se trate de ejercer unos u otros derechos y el hecho de que sólo a través de un procedimiento reglado, ya sea jurisdiccional o administrativo, que partiendo de la presunción de que existe capacidad suficiente comprenda, entre otros requisitos, la audiencia del principal afectado, se respetará su dignidad, la condición de sujeto de derecho del mismo y el justo equilibrio entre los intereses de la administración y del aspirante a funcionario.

6.3. DECLARACIONES DE INCAPACIDAD Y CERTIFICACIONES SOBRE MINUSVALÍAS

Obviamente los términos "incapacitado" y "discapacitado" no son sinónimos. Mientras que las incapacitaciones proceden necesariamente de sentencias judiciales que directamente determinan, previa valoración de su nivel de discernimiento, qué actividades o derechos no puede ejercer personalmente el sujeto, las discapacidades existen ya de por sí y muchas veces no afectan a la facultad de entender y querer. El reconocimiento oficial de las desventajas que estas últimas conllevan en cada caso concreto, denominadas minusvalías, se lleva a cabo a través de resoluciones administrativas derivadas de un procedimiento³¹, en que han de valorarse las "deficiencias del estado físico y/o psicológico del interesado" así como "su situación personal y de su entorno socio-familiar" (Art. 4.1 de la Orden 276/2000, de 2 de noviembre, del

³¹ Esta declaración, efectuada por la audiencia de Madrid en Sentencia de 22 de mayo de 1992, resume acertadamente la naturaleza, fines, contenido y límites del procedimiento de incapacitación. Al respecto: RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapacitado*, Cit. p. 23.

³² Comprendido en el Art. 5 de la Orden 276/2000, de 2 de noviembre.

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que desarrolla el RD. 1971/1999) en las proporciones que fija un baremo preestablecido.

La incorporación de estos dos últimos factores, lógica considerando la definición del término "minusvalía" elaborada en el seno de la OMS, plantea varios problemas que cabe citar: Al traducirse en un simple enunciado numérico, la estimación y graduación de las deficiencias teniendo en cuenta para ello aspectos ajenos a la discapacidad en sí, puede hacer perder la perspectiva de cual es su verdadero alcance⁴. Además la situación personal y sobre todo el entorno socio-familiar de los seres humanos constituyen circunstancias difíciles de valorar y sometidas a frecuentes cambios no previsibles, por lo que su relevancia a la hora de precisar el grado de minusvalía, cuando esta tiene carácter permanente, debería ser nula o muy escasa si no va a realizarse un seguimiento periódico.

El reconocimiento, calificación y declaración del grado de minusvalía tienen lugar a instancia del interesado, representante legal o guardador de hecho (Art. 5.1.a de la Orden 276/2000), que también están facultados para instar posibles revisiones. A través de esos certificados que las acreditan, la Administración competente no restringe el ejercicio de ningún derecho, sino que se limita a certificar la existencia de una discapacidad, así como a valorar el alcance de la misma y los efectos que teóricamente produce, expresándolos en forma de porcentaje. Su misión sólo consiste en valorar las dificultades que cada afectado por una deficiencia encuentra debido a ella en su vida individual, profesional y social; pero lo que el equipo de valoración decida pasará a constituir un eje del que dependerán ciertas ayudas económicas, la posibilidad de sujetarse a relaciones laborales especiales (incentivadas por el Estado y las Comunidades Autónomas) e incluso el ejercicio de un derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 CE.

⁴ Los criterios médicos para determinar el grado de minusvalía en: American Medical Association, Guías para la evaluación de las deficiencias permanentes, INSERSO, Madrid, 1995.

7. RÉGIMEN DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA PARA LOS DISCAPACITADOS

7.1. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Partiendo de la indisoluble unidad del Estado español y del derecho a la autonomía que en el artículo segundo de nuestra carta magna se otorga a las nacionalidades y regiones, desde 1978 el antiguo modelo de organización unitaria ha dejado paso a un sistema político-jurídico plural donde las Comunidades Autónomas, Provincias, Islas, Municipios u otros Entes derivados adquieren un papel decisivo. Todos gozan de cierta independencia a nivel administrativo pero sólo las primeras, cuyos poderes o competencias proceden de una autonomía cualitativamente muy superior a la del resto, disponen de potestad legislativa¹.

En la distribución de tareas entre Comunidades Autónomas y Estado el principio de competencia desplazó desde un primer momento al de jerarquía normativa, aunque el aparato estatal, incluso sus órganos delegados periféricos, sigue funcionando como instrumento organizativo general o central². Ya en una de sus

¹ Las facultades de que gozan los municipios, provincias, Islas, etc. se circunscriben al espacio que las leyes estatales y autonómicas les conceden. La autonomía local se ha visto, eso sí, ampliamente fortalecida por importantes compromisos políticos, como el denominado "pacto local" de 1998-1999 y el más reciente de 2001-2002. En materia legislativa, junto a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1980 y las leyes autonómicas de régimen local o "sectoriales", destaca la de 21 de abril de 1999 y la más reciente de "medidas para la modernización del gobierno local", de 16 de diciembre de 2003.

primeras sentencias nuestro Tribunal Constitucional quiso dejar claro que "...la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aun este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución"².

"Las Comunidades Autónomas no son Entes preexistentes a los que el Estado cede bienes propios, sino Entes de nueva creación que sólo alcanzan existencia real en la medida en que el Estado se reestructura, sustrayendo a sus instituciones centrales parte de sus competencias para atribuir las a estos Entes territoriales y les transfiere, con ellas, los medios personales y reales necesarios para ejercerlas. El Estado, como conjunto de las instituciones centrales, pierde las facultades que las Comunidades Autónomas ganan..."³, de modo que los niveles de autonomía o autogobierno con que éstas cuentan aumentan conforme disminuyen las atribuciones del gobierno estatal.

La asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas es fruto de un paulatino proceso desarrollado conforme a lo previsto en los artículos 137 a 158 CE. que, según cabe deducir de su tenor literal, tiene alcance restringido. La fijación de dichos límites se llevó a cabo estableciendo en el artículo 149 CE. un conjunto de atribuciones que corresponden exclusivamente al Estado y no a la inversa como sucede en el modelo federal. El artí-

² Este monopolio estatal y autonómico para emitir legislación, desapareció como lógica consecuencia del ingreso de España en la Unión Europea (1985-1986), pues tal hecho conlleva el compromiso de asumir como propia la normativa procedente de sus órganos legislativos. El Derecho comunitario "constituye un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros" (entre otras: SSTJCE. de 15 de julio de 1964 y 30 de mayo de 1991, o STS. de 10 de mayo de 1993) y para hacer compatible semejante entramado normativo con nuestro derecho interno vuelve a resultar enormemente relevante el principio de competencia.

³ STC. 4/1981, de 2 de febrero.

⁴ STC. 57/1982, de 27 de julio.

culo 148.1 CE. incorpora un amplio listado de materias en que, siempre conforme al principio dispositivo, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en sus Estatutos⁵ y el 149.3 CE. atribuye al Estado las que éstas no hayan obtenido pudiendo hacerlo, otorgando a su vez prevalencia al derecho estatal en caso de conflicto cuando no se trate de cuestiones reservadas en exclusiva al legislador autonómico.

El sistema de distribución competencial no está cerrado⁶ ni en absoluto resulta fácil de analizar al menos a primera vista. La doble lista que nuestra Carta Magna ofrece se ha pretendido sintetizar mediante el reconocimiento de tres tipos de competencias: exclusivas, concurrentes y compartidas, pero el encuadramiento preciso de cada una en estas modalidades no siempre es sencillo. Además la práctica legislativa ha incorporado una nueva especie: las llamadas "competencias plenas", "de aplicación plena" o "de aplicación general", que cabría homologar a aquellas reservadas al Estado en exclusiva.

Las competencias exclusivas se refieren a determinados títulos o materias asignados con tal carácter al Estado o a las Comunidades Autónomas pero, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional⁷, su exclusividad no deja de constituir un hecho relativo.

Las compartidas concurren cuando el texto constitucional atribuye al Estado competencia para establecer normas esenciales, que de manera básica regulen materias concretas, reservando su

⁵ Los Estatutos de Autonomía, que en su día se aprobaron mediante Leyes Orgánicas (Art. 81.1 CE.), son textos normativos de donde deriva la capacidad jurídico-política de las Comunidades Autónomas, a los que el artículo 147 CE. atribuye carácter de normas institucionales básicas.

⁶ A principios de los años ochenta hubo un fracasado intento de "homogeneizar" el proceso de elaboración de los Estatutos y, en buena medida, sus propios contenidos materiales o competenciales (informe de un grupo de expertos presidido por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA y proyecto de Ley Orgánica y de Armonización del Proceso Autonómico) que el TC. (Sentencia de 5 de agosto de 1983) declaró inconstitucional.

⁷ Entre otras muchas: STC. 69/1982, de 23 de noviembre.

desarrollo legislativo o reglamentario a las instituciones autonómicas. Quienes elaboraron la Constitución pretendieron lograr mediante esta fórmula una regulación básica uniforme y vigente en todo el país, garantizando así un mínimo normativo común que al mismo tiempo permitiera a los Entes autonómicos reflejar sus peculiaridades e intereses. El principal inconveniente radica en concretar que cuestiones cabe entender como básicas, careciendo de relevancia el hecho de si figuran en normas con rango legal o reglamentario⁶.

Las competencias de cooperación o colaboración, que forman el tercer y último grupo, suelen afectar a cuestiones que el Estado y las Comunidades Autónomas deben resolver bilateralmente.

A la hora de ordenar y regular las materias implicadas en este sistema de distribución competencial pueden aparecer conflictos normativos, para cuya solución operan diversas reglas resolutorias; como las cláusulas de prevalencia y supletoriedad, las transferencias y delegaciones competenciales o la defensa del interés general como fórmula correctiva. Con respecto a las primeras, no han sido utilizadas hasta el momento, pues cuando prevalecen las normas estatales es porque el Estado resulta competente para legislar en esa materia y, lógicamente, las disposiciones autonómicas promulgadas al respecto, en caso de haberlas, serían inconstitucionales.

La llamada regla de supletoriedad se dirige al órgano aplicador del Derecho, señalándole la forma en que cuando existan deben colmarse eventuales lagunas en los Ordenamientos autonómicos. Pero el Estado, según ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en varias sentencias⁷, sólo puede aprobar normas supletorias cuando ostente competencias propias, independientemente de que estén amparadas en un título competencial expreso

⁶ El desarrollo que de tales pautas puede llevar a cabo el legislador autonómico no está condicionado por la previa aprobación de las normas estatales, de hecho está facultado para legislar sin tener que esperar a que éstas sean aprobadas.

⁷ Por ejemplo: SSTC. 147/1991, de 4 de julio y 67/1997, de 20 de marzo.

o residual, y como complemento en su caso de las disposiciones normativas dictadas al amparo de dicho título.

La posibilidad de que, siempre mediante Leyes Orgánicas, el Estado delegue o transfiera facultades correspondientes a materias que, por su propia naturaleza, resulten susceptibles de transferencia o delegación (Art. 150.2 CE.), se ha concretado en la aprobación de varias normas de esta índole, como las Leyes Orgánicas de 10 de agosto de 1982, para las Comunidades Autónomas de Canarias y Valenciana, las de 23 de diciembre de 1992, con respecto a aquellas que accedieron a la autonomía por vía del artículo 143 CE, o la de 30 de julio de 1987, para todas las Comunidades en materia de transportes por carretera y por cable.

Finalmente, tampoco el "interés general" constituye una regla operativa lo suficientemente útil en la solución de conflictos competenciales. Como advierte nuestro TC, *"...en este sentido es preciso señalar que el constituyente ha tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la Nación al fijar las competencias estatales y que es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el artículo 150.3..."*¹⁰.

La utilización de este concepto indeterminado resulta arriesgada e incluso jurídicamente incorrecta, pues podría interpretarse como la negación implícita del presumible interés general que también satisfacen o deben perseguir las Comunidades Autónomas. Su salvaguarda no puede servir como criterio atributivo de competencias al Estado en perjuicio de aquellas, al estar ya asegurados los intereses generales de la Nación mediante ese "mínimo común denominador normativo" que aquél determina a través de la legislación básica¹¹.

¹⁰ STC. 76/1983, de 5 de agosto.

¹¹ STC. 243/1988, de 19 de diciembre.

En aplicación de los principios constitucionales de igualdad territorial, eficacia y coordinación¹², el artículo 149 CE. atribuye al Estado una serie de competencias por considerarse de interés general. Entre otras, nuestra Carta Magna le otorga la función de determinar *"las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas"* (Art. 149.1.18º CE.). Tiene además competencia exclusiva sobre *"la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales"* (Art. 149.1.1º CE.), así como *"en la legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas"* (Art. 149.1.7º CE.).

Como garantía de uniformidad, cuenta también con la posibilidad de *"dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general"* (Art. 150.3 CE.)¹³.

Este amplio margen competencial de que dispone el legislador estatal para conformar el derecho de acceso al funcionariado en todo el país encuentra un límite fundamental aunque algo impreciso, pues la legislación estatal sobre función pública sólo tiene a nivel autonómico carácter supletorio cuando no hace referencia a aspectos considerados esenciales. Para determinar a qué entidad territorial corresponde legislar en esta materia se recurre a un juicio valorativo, al girar la solución última del problema espe-

¹² Como dispone el artículo 103.1 CE, *"la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*.

¹³ La apreciación de esta necesidad corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara (Art. 150.3 CE.).

cialmente en torno a la delimitación, alcance y naturaleza del término "estatuto funcional".

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 99/1987, de 11 de junio, declaró en cuanto a "las bases del régimen estatutario de los funcionarios" que "es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y "a priori", pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos, deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas"¹⁴.

A través de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cuyo artículo 1.3 incorpora una lista con los preceptos que en ella se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios, la 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local o la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto concierne a la Administración de justicia, por no hablar de las relativas a categorías concretas de empleados o que únicamente abordan aspectos específicos de los sistemas de selección¹⁵, el legislador estatal ha precisado las cuestiones generales y comunes para el acceso a las distintas Administraciones¹⁶, sin considerar que entre

¹⁴ José BERMEJO VERA, Derecho Administrativo (parte general), Kronos, Zaragoza, 1993, p. 503 y ss.

¹⁵ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Derecho de la función pública, Tecnos, Madrid, 2001, p. 123 y ss.

¹⁶ La determinación normativa de a que materias se atribuye carácter básico corresponde al legislador estatal, garantizándose así un mínimo de uniformidad en todo el territorio nacional. Sobre la inseguridad jurídica derivada del sistema de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: José BERMEJO VERA, "El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural", discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005.

ellas se encuentran esas discriminaciones positivas o inversas destinadas a favorecer la inserción de minusválidos en el empleo público.

Pese a que tales medidas responden al objetivo de promover la igualdad real en el ejercicio del derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 CE, y a que el acceso a la función pública forma parte de las bases del régimen estatutario funcional, el artículo 1.3 LMRFP, no entiende que hayan sido dictadas al amparo del 149.1.18 CE, ni en consecuencia que resulten aplicables al personal de todas las Administraciones del país. La legislación estatal sólo se extenderá en dicha materia al ámbito de las autonomías cuando sus órganos legislativos no hayan emitido normativa propia al respecto, tras asumir tal competencia en sus estatutos¹⁷.

Actualmente todas las Comunidades Autónomas disponen de normas específicas para facilitar el acceso en condiciones materialmente iguales de este colectivo a los puestos de trabajo que ofrecen, pero la forma de llevar a cabo esta difícil tarea varía extraordinariamente de unas a otras, llegándose a vulnerar el principio de igualdad territorial de manera flagrante.

Al ser ellas competentes para regular la "*organización de sus instituciones de autogobierno*" (Art. 148.1.1º CE) y establecer criterios propios en materia de asistencia social (Art. 148.1.20º CE.), parece lógico a primera vista que en sus respectivos ámbitos territoriales adopten medidas de igualación y realicen discriminaciones positivas o inversas destinadas a favorecer la inserción profesional de este colectivo en determinados órganos, de hecho así sucede; pero ni la reserva de plazas ni la obligación de procurar

¹⁷ Según reza el artículo 149.3 CE, "las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas".

adaptaciones posibles de tiempo y medios en las pruebas de acceso al empleo público suponen medidas de acción social en sentido propio¹⁹.

A mi entender cabe considerar que lo son en cierto modo, por facilitar el ejercicio de un concreto derecho fundamental a estas personas²⁰, pero, al constituir la igualdad parte integrante del comprendido en el artículo 23.2 CE, las actuaciones tendentes a garantizarla adquieren un peso específico mayor que en otros. Las medidas de acción social acercan a los colectivos infravalorados el disfrute de derechos como los que existen a la educación, la cultura, la sanidad o el trabajo, pero fomentan adoptando fórmulas específicas la igualdad real de oportunidades en el ejercicio del derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas no es únicamente facilitar el acceso al mismo sino también y sobre todo aportar-le alcance real. El artículo 23.2 CE, no reconoce un derecho a acceder a las funciones y cargos públicos sin más, sino a optar a ellos en condiciones de igualdad, por lo que de no concurrir este requisito esencial se verá vulnerado el derecho en sí.

¹⁹ Ángel GARCÉS describe el objeto de la acción social como "aque] conjunto de servicios, prestaciones y actuaciones cuyo objeto sea procurar el acceso de todos los ciudadanos a los diferentes sistemas públicos de protección social. Dicho de otro modo, las actuaciones benéficas no son ya medidas que perturban a determinados colectivos acceder al sistema de educación o sanidad, sino un sistema público autónomo, destinado a afrontar decididamente las situaciones de marginación, con objeto de paliar o erradicar el déficit social que afecta a los ciudadanos incurso] en dichas situaciones y que les impide el acceso en igualdad de condiciones a los restantes sistemas públicos prestaciones, a pesar de la existencia de medidas compensatorias en cada sistema público de protección social". Ángel GARCÉS SANAGUSTIN, "La acción social", en Derecho Administrativo Parte especial, Cit, p.165 y ss.

²⁰ En cualquier caso, tanto la reserva de plazas como las adaptaciones posibles de tiempo y medios podrían considerarse medidas de acción social, teniendo en cuenta que su objetivo principal consiste en compensar las dificultades adicionales que algunas personas encuentran para ejercer un derecho, lo cual nada tiene que ver con el proceso de selección complementario que hacen suyo y regulan casi todas las administraciones autonómicas. Lejos de constituir una medida favorecedora o compensatoria, lo que el sistema de potencial exclusión mediante informes supone es un pesado lastre que obstaculiza la igualdad formal en el acceso a las funciones públicas.

Frente a la competencia establecida en el artículo 148.1.1º CE, cabe decir que no todas las administraciones autonómicas constituyen instituciones de autogobierno. De hecho en Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, el Tribunal Constitucional vino a decir que a este concepto no puede serle otorgado *"un alcance mayor que el que deriva de la Constitución (Art. 152.1) y de los propios Estatutos -Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente-, sino de las competencias por ellas asumidas respecto a la organización de sus propias Administraciones, y en esta materia cada Comunidad Autónoma ha de respetar, en su caso, las Bases que de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.18, corresponde fijar al Estado"*.

7.2. NORMATIVA REGULADORA DEL ACCESO A LAS FUNCIONES PÚBLICAS PARA LOS MINUSVÁLIDOS EN ESPAÑA

La regulación normativa del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, de conformidad con el mérito y capacidad de cada cual, resulta claramente insuficiente y adolece de múltiples lagunas en cuanto se refiere a los minusválidos; transformando lo que en principio supone un claro ejemplo de discriminación positiva, constitucionalmente legítima como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional²⁰, en una potencial fuente de medidas discriminatorias, susceptibles de perjudicar a los propios beneficiarios.

²⁰ STC. 269/1994, de 3 de octubre. En este caso sucedió lo siguiente: Una Orden del Gobierno Autónomo de Canarias convocó concurso-oposición para cubrir 189 plazas de Administradores Superiores, 94 de las cuales correspondían al turno restringido y 95 al turno libre. De estas últimas, 6 quedaban reservadas para personas con un 33 por ciento o más de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas. Pese a que la demandante en amparo ocupaba el puesto 189 de la lista con una puntuación de 6,34, fue privada de la plaza en beneficio de otro concursante con una puntuación inferior (6,07) que se acogió a la reserva de plazas para minusválidos, pues padecía una minusvalía sensorial (sordera) del 33 por 100. El recurso de amparo alegaba violación de los artículos 14 y 23.2 CE, pero fue desestimado por considerar que la diferencia de trato obedece a una justa causa.

En esta sentencia, relativa a las cuotas de reserva de puestos de trabajo para discapacitados, puso de relieve que *"la discriminación, tal como es prohibida por el artículo 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquellos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 OIT.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el artículo 9.2 y, especialmente, con su plasmación en el artículo 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se han tratado de evitar"*²¹.

En su disposición adicional 19ª, que al no tener la consideración de básica sólo resulta aplicable a las comunidades autónomas en defecto de normativa propia, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública, modificada por la

53/2003, de 10 de diciembre, establece que *"en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento"*²², de modo que, progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente"²³. Pero: ¿de qué forma y en que momento deberá demostrarse esta última?

²² También refiriéndose a la diferencia razonable de trato entre opositores minusválidos y participantes en el turno libre la Audiencia Nacional, en Sentencia de 3 de mayo de 1999 (Sección 7ª) puso de relieve que "de no hacerse así los aspirantes discapacitados habrían concurrido a las pruebas en inferioridad de condiciones que los aspirantes que no sufrían ninguna minusvalía, lo que hubiera convertido en ilusoria la reserva de plazas con la que se pretendía facilitar el acceso a la Función Pública de las personas minusválidas. Por ello los criterios adoptados al respecto por el Tribunal calificador, lejos de vulnerar el principio de igualdad (...) tendieron a dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, para garantizar que los discapacitados pudieran acceder a las plazas convocadas en condiciones de igualdad con los no discapacitados".

²³ También el artículo 66 de la Ley Orgánica 59/2003 de 23 de diciembre fija en un 5 por ciento (modificando el artículo 301.8 LOP) la obligación de reserva en las oposiciones para jueces y fiscales, mientras que el artículo 30.6 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, introduce tal porcentaje en las ofertas de empleo para los servicios de salud.

²⁴ En origen tal disposición adicional, introducida por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, decía que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente". Esta afirmación fue reproducida casi literalmente en numerosos preceptos autonómicos: como el artículo 103.7 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Comunidad Autónoma Vasca, la disposición adicional duodécima de la Ley 3/1990 de 29 de junio de la Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja o la disposición adicional segunda del Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Función Pública Valenciana.

Tal circunstancia fue objeto de desarrollo en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo²⁴, contemplando entre otros aspectos, cuando el aspirante pretendiera acceder por el cupo de reserva pues nada se decía del turno libre, la posibilidad de que *"si en el desarrollo de los procesos selectivos se suscitara dudas al Tribunal o a la Comisión Permanente de Selección respecto de la capacidad del aspirante (...) para el desempeño de las actividades habitualmente desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo o Escala a que se opta, podrá recabar el correspondiente dictamen del órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales o en su caso de la Comunidad Autónoma correspondiente"*²⁵. En este caso, hasta tanto se emita el dictamen (vinculante según el artículo 38.3 LISMI), el aspirante podrá participar condicionalmente en el proceso selectivo, quedando en suspenso la resolución definitiva sobre la admisión o exclusión del proceso hasta la recepción del dictamen" (Art. 19.3), que también podía pedirse una vez superados todos los ejercicios e incorporado aquel al puesto de trabajo (Art. 26.2)²⁶.

Debido principalmente a ello, aunque además a otras disposiciones normativas, los aspirantes minusválidos contaban hasta hace unos meses con la dificultad añadida de poder ser considerados no aptos, quedando automáticamente excluidos, con anterioridad a la realización del proceso si optaban por el turno libre (Art. 38.3 LISMI.), pero también a lo largo del mismo e incluso una vez superado si utilizaban el cupo de reserva, sin aviso previo e independientemente de cuales hubieran sido o podido ser los

²⁴ Por falta de reglamentación propia, este Decreto se aplicó hasta que fue derogado en las administraciones autonómicas de Cantabria, Principado de Asturias y La Rioja; siendo su artículo 19 reproducido casi literalmente en otras comunidades autónomas.

²⁵ En términos análogos: Art. 4.2 del Decreto 122/2001, de 18 de mayo, de Funcionarios y Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Galicia, que aprueba la oferta de empleo público para 2001.

²⁶ Nótese que "el Tribunal o la Comisión Permanente" (Art. 19.3) y el "órgano competente" (Art. 26.2), no el particular, son quienes en estos supuestos contaban con la posibilidad de recabar el dictamen.

resultados obtenidos en las pruebas, con base en un simple informe²⁷ facultativo y vinculante para quienes lo solicitaban.

Afortunadamente los artículos 19 y 26.2 RGIPP, han sido recientemente derogados mediante un Real Decreto, de 3 de diciembre de 2004, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Esta nueva norma no incorpora la posibilidad de que los órganos selectivos soliciten informes para acreditar la capacidad del aspirante mientras realiza las pruebas pero sí con posterioridad²⁸, pese a resultar tal hecho incompatible con los principios de "igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad universal y compensación de desventajas" que según su artículo 1.3 deben inspirar el acceso al empleo público de este colectivo. Cuando menos resulta sorprendente observar como a finales de 2004 una disposición normativa que básicamente aboga por la igualdad formal de oportunidades²⁹ sigue recurriendo a los informes "de capacidad" como requisito necesario para trabajar en administraciones (Art. 10.1 RDEP).

Al afirmar que *"en las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas,*

²⁷ Pese a que las palabras "dictamen" e "informe" aparecen en el diccionario como sinónimas, parte de la doctrina ha observado pequeñas diferencias entre los significados de ambos conceptos. El informe podría definirse como un "acto jurídico de la Administración pública consistente en una declaración de juicio emitida por un órgano distinto de aquel a quien corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento, y que sirve para aportar nuevos datos al expediente o comprobar los ya existentes en el mismo"; mientras que el dictamen debería ir algo más lejos y enfocar los temas desde ángulos no estrictamente jurídicos. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Cit.*, p. 2043 y ss.

²⁸ "En las solicitudes de adjudicación de destino correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna y en las de participación en procesos de provisión, los empleados públicos con discapacidad podrán pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes. A la solicitud se deberá acompañar un informe expedido por el órgano competente en la materia, que acredite la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto o los puestos solicitados.

Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social, serán admitidos los minusválidos en igualdad de condiciones con los demás aspirantes", el artículo 38.3 de la vieja LISMI. hace referencia a un supuesto tratamiento equitativo, matizado en su segundo párrafo al considerar que *"las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarán en su caso mediante dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente, que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas"*.

Anteriores o posteriores, uno de los principales inconvenientes radica en cómo tiene lugar la elaboración de estos documentos, cuyo contenido no deja de constituir una hipótesis realizada a priori por el órgano emisor. Dado que éste suele desconocer las características concretas del trabajo que se ofrece, parte a menudo de un profesiograma, frecuentemente elaborado para cada ocasión por lo que también puede producir arbitrariedades, que ha de remitir el ente petionario, sin que hoy por hoy esté sujeto a ningún requisito garante de su objetividad. Normalmente, aunque no siempre, estos documentos incorporan un listado con todas las

º Ello se desprende, entre otros, de los siguientes párrafos:

"En los procesos selectivos para el ingreso en los cuerpos, escalas o categorías del la Administración General del Estado, las personas con discapacidad serán admitidas en igualdad de condiciones que los demás aspirantes." (Art. 7 RDEP).

"Las pruebas selectivas tendrán idéntico contenido para todos los aspirantes, independientemente del turno por el que se opte, sin perjuicio de las adaptaciones previstas en el artículo 8. Durante el procedimiento selectivo se dará un tratamiento diferenciado a los dos turnos, en lo que se refiere a las relaciones de admitidos, los llamamientos a los ejercicios y la relación de aprobados. No obstante, al finalizar el proceso, se elaborará una relación única en la que se incluirán todos os candidatos que hayan superado todas las pruebas selectivas, ordenados por la puntuación total obtenida, con independencia del turno por el que hayan participado..." (Art. 3.3 RDEP).

"Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general." (Art. 3.2 RDEP).

funciones a desempeñar en puestos del grupo, cuerpo y escala escogidos, sin considerar que no todos los trabajadores están necesariamente obligados a desarrollarlas todas de manera continua para que el servicio funcione correctamente. Se da el caso de que algunos minusválidos son excluidos por no estar capacitados, a juicio del equipo valorador, para desarrollar algunas de las tareas, pudiendo realizar de manera óptima el trabajo si les fuera asignada una plaza que no incluyera esas concretas funciones.

Al tratarse en ocasiones de un informe que la administración convocante solicita a otra en el transcurso de un procedimiento administrativo selectivo (Art. 82 LAP.), la declaración de incompatibilidad y en tal caso la inmediata exclusión del candidato minusválido, pueden llevarse a cabo sin participación alguna, audiencia³⁰ ni conocimiento del mismo pues, aunque cuente con la facultad de acceder en todo momento a los documentos que contengan datos referentes a él³¹, le resulta imposible saber qué valoración harán de ellos quienes emitan un hipotético dictamen.

³⁰ Considerando que el Art.84.4 LAP. dispone que "se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado", cabe interpretar que en caso contrario siempre habrá de existir este trámite. Cuando en un procedimiento de concurrencia competitiva el órgano selectivo solicita directamente un informe a otra administración, relativo a una persona en concreto, ésta debería ser oída antes de adoptarse la resolución.

³¹ En cumplimiento del mandato constitucional comprendido en el artículo 105.b) CE, el artículo 37.1 LAP. establece que "los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud". Sobre este derecho pueden consultarse, entre otros muchos: Ramón PARADA VAZQUEZ, Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1999, p.162 y ss o Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR y otros, Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Carperi, Madrid, 1993, p.141 y ss.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en páginas anteriores, los derechos fundamentales no son ilimitados y existen circunstancias donde la salvaguarda de intereses legítimos, públicos o privados, justifica el hecho de prohibir o limitar a alguien el ejercicio, conservando en todo caso la titularidad, de algunos de ellos, siempre con las debidas garantías y respetando su contenido esencial. Ejemplos paradigmáticos cabe considerar: las restricciones habidas en el derecho a la libertad personal por llevar a cabo conductas delictivas (Art. 17 CE), la prohibición de asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito (Art. 22.2), la expropiación forzosa y la incapacitación o limitación de la capacidad previstas en los artículos 199 a 201 del Código Civil y 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero respecto al derecho comprendido en el Art. 23.2 CE. no existen garantías suficientes y al haberse incorporado un requisito adicional sólo para algunos sujetos (los minusválidos) queda seriamente vulnerado el principio esencial de igualdad. El factor discriminatorio y a mi entender de muy dudosa constitucionalidad, no reside en la lógica y ya clásica exigencia de *"no padecer enfermedad ni defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones"* (Art. 30.1.d LFCE.), comprendida igualmente en las disposiciones normativas autonómicas sobre función pública y reproducida en todas las convocatorias de oposiciones y concursos, sino en que ésta última no es tratada como un requisito más (constatable objetivamente y a la vez que el resto) ni su acreditación exigida a todos de la misma forma.

Sin afectar en absoluto a los que no padecen minusvalía reconocida, pues su capacidad se presume a priori, la escasa y deficiente regulación actual de los mecanismos destinados a dar fe de ella contribuye a que se convierta en una fuente de incertidumbre para los participantes con discapacidad elevada (conforme aumenta el grado de minusvalía se incrementan las posibilidades de quedar fuera), quienes a menudo estudian durante años

ignorando si les estará o no permitido hacer un primer examen. El hecho de no haber sido "inhabilitado" una vez nada garantiza para las subsiguientes ya que, pese a tratarse del mismo tipo de puesto de trabajo, puede que el Tribunal o Comisión permanente de selección anterior no considerara necesario solicitar el informe, que el segundo remita un profesiograma diferente, que éste sea examinado por un "Equipo de Valoración y Orientación" (EVO.)²² formado por distintas personas o sencillamente que las mismas hayan cambiado de opinión.

Cabe pensar que cuando un candidato, tras haber sido considerado "capaz", resulta rechazado en la convocatoria inmediatamente posterior sin que su situación psico-física haya experimentado variaciones notables, puede alegar la existencia de un precedente administrativo vinculante; pero el principal obstáculo para desarrollar tal argumento deriva de la vinculatoriedad del informe en que la exclusión o admisión se basa. Ciertamente estas resoluciones contradictorias son o parecen contrarias a los principios de buena fe y confianza legítima, pues hacen referencia a circunstancias idénticas, operan con respecto al mismo administrado y, aunque no emanen de un órgano actuante idéntico en cuanto a quienes lo forman, el principio de unidad de personalidad jurídica de

²² Dichos grupos de trabajo, encargados de emitir "dictámenes técnico-facultativos", se encuadran "orgánica y funcionalmente en los Centros Base de las Direcciones Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales". "Estarán compuestos, como mínimo por: Médico, Psicólogo y Trabajador Social conforme a criterios interdisciplinarios, pudiendo incorporarse a los mismos, en determinados casos, y a criterio de la Dirección del Centro Base, otros profesionales del centro" (Orden de 2 de noviembre de 2000, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Ya el artículo 2 de la Orden de 5 de enero de 1982 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), por la que se desarrolla el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, dispuso que estos equipos estarían constituidos en los Centros Base de la Seguridad Social, "bajo la presidencia de su Director e integrados, siguiendo criterios interdisciplinarios, por Médico Rehabilitador, Psicólogo y Asistente Social como mínimo, pudiendo incorporarse a los mismos en determinados casos y a criterio del Director otros profesionales del centro".

la Administración pública hace que las declaraciones de derechos formuladas por una de sus ramas no puedan ser desconocidas o incluso contradichas por otra, sin seguir para ello el procedimiento legalmente descrito³⁵.

La vinculatoriedad del precedente, destinada a garantizar una interpretación uniforme de las normas cuando exista identidad de sujeto, administración y circunstancias, constituye un cauce esencial para evitar que la discrecionalidad administrativa pueda convertirse en arbitrariedad, pero en este supuesto aquella no tiene cabida en cuanto a la decisión del órgano selectivo. Pese a que sus miembros cuentan con la facultad de decidir si solicitan o no el informe, en caso de hacerlo la decisión final deberá basarse necesariamente en éste, sin que el Tribunal o Comisión cuente con la facultad de pronunciarse en sentido contrario. Al decir "*informe vinculante*" las leyes y reglamentos no dan lugar a interpretaciones diversas sino sólo a una.

La inseguridad jurídica que todo esto produce pudo y creo que debió ser matizada por la regulación normativa llevada a cabo en las comunidades autónomas si bien, exceptuando el supuesto de Cataluña, no han solucionado el problema, al menos de momento e incluso algunas contribuyen a acrecentarlo en sus ámbitos territoriales.

Significativo resulta el Decreto 43/1998, de 2 de abril, que desarrolla la ley 2/1987, de 30 de marzo, en relación con el sistema de acceso de personas con minusvalía y medidas de fomento para su integración en la Comunidad Autónoma canaria, que quiso resolver la cuestión estableciendo en un anexo (cuyo contenido se reproduce a continuación) las condiciones mínimas requeridas a tal fin; pero, lejos de evitar posibles arbitrariedades, introdujo varios ejemplos:

³⁵ STS. de 14 de junio de 1989. AAVV. Memento práctico Administrativo, Ed. Francis Lefebvre, Cit. p.265 y ss.

Personal funcionario.

Físicas.

Extremidades superiores.

Grupo E: una mano que le permita hacer movimientos de pinza y presión funcional, escribir textos manualmente.

Grupo D: tener una funcionalidad aceptable en las manos para llevar a cabo las tareas propias del puesto de trabajo y escribir manual y mecanográficamente.

Grupo C: tener, al menos, una mano que le permita hacer movimientos de pinza o presión, y escribir textos manual o mecanográficamente.

Grupos B y A: Las aptitudes estarán en consonancia con el puesto específico de trabajo.

Extremidades inferiores.

Grupo E: funcionalidad en las extremidades que le permitan subir y bajar escaleras con una mano libre.

Grupos D, C, B y A: que puedan moverse por sí solos por terreno llano con la ayuda, si es necesario, de prótesis, bastones o silla de ruedas.

Sensoriales.

Vista: para todos los grupos.

-Visión mínima corregida a 2/3 en la escala de Wecker en el ojo mejor, que no sea de carácter gravemente progresivo.

-Que pueda ver a 2 metros lo que ve una persona sin déficit a 3 metros.

-Se admite la pérdida total de visión en un ojo.

Oído.

Grupo E: que el disminuido pueda entender la palabra hablada, aunque sea con la ayuda de audifonos, y que pueda seguir una conversación.

Grupo D: se admite la sordera total, siempre que tenga lectura labial.

Grupos C, B y A: que el disminuido pueda entender la palabra hablada, aunque sea con ayuda de audífonos, y que pueda seguir una conversación.

Psíquicas.

Grupo E: que reúna las aptitudes necesarias que le permitan desarrollar las tareas propias del puesto de trabajo.

Las personas con minusvalía que quieran participar en oposiciones para la Administración canaria, acogiéndose al turno libre o al cupo de reserva, "tienen que acreditar, previamente a la realización material de las pruebas, mediante certificación vinculante del equipo multiprofesional previsto en este Decreto, que cumplen las condiciones adecuadas, especificando así mismo en dicho documento el tipo de adaptación funcional necesaria para la correcta realización de las pruebas y para la posterior realización del trabajo. A estos efectos, la Dirección General de la Función Pública, a propuesta del citado equipo, y oído el departamento interesado (parece ser que no el opositor, o al menos nada se dice al respecto), fijará los tipos de adaptaciones materiales admisibles en el puesto de trabajo" (Art. 5.2)³⁴.

Teniendo en cuenta estos hechos, el baremo de aptitudes antes reseñado y también que "en los concursos de traslado o promoción interna los que hayan accedido a la función pública por las vías establecidas en este Decreto, tendrán que acreditar, de igual forma, antes de la adjudicación definitiva, la adecuación del nuevo puesto de trabajo con la minusvalía personal, apta para el ejercicio de las tareas fundamentales del mismo". Cabe observar, entre otras peculiaridades, que nadie puede acceder por promoción interna del grupo E al D si no tiene un alto grado de "funcionalidad" en las cuatro extremidades, que, por alguna misteriosa razón, a los sordos con lectura labial sólo les está permitido trabajar en el grupo D, que no aborda expresamen-

³⁴ La expresión que figura entre paréntesis no forma parte del texto reproducido.

te el tema de las plurideficiencias y que los ciegos, totales o parciales, quedan excluidos sin más.

En su disposición adicional 3ª, párrafo 2º, se afirma que *"la Dirección General de Servicios Sociales desarrollará y revisará periódicamente el anexo sobre "condiciones mínimas para el acceso de disminuidos a la función pública", con la finalidad de dotarlo de un mayor grado de precisión al objeto de alcanzar el máximo nivel de eficacia en la aplicación de este Decreto"*; por lo que cabe esperar que tales criterios, tan rigurosos y extraños dentro de una norma que en líneas generales tiende a promocionar la integración, se vayan flexibilizando progresivamente. Teniendo en cuenta que el grupo social "minusválidos" resulta tan heterogéneo como el colectivo "personas", quizá la solución no consista en facilitar al máximo el trabajo de los entes públicos mediante generalizaciones pues, por bien hechas que puedan llegar a estar, siempre resultarán un tanto arbitrarias.

Muy razonable y digna de ser considerada un modelo a reproducir en futuras regulaciones normativas me parece la postura mantenida por el Decreto Num. 66/1999, de 9 de marzo, de la Presidencia de la Generalidad catalana, relativo al acceso a la función pública de personas con discapacidad y de los equipos de valoración multiprofesional²⁰. Su artículo 5º, dedicado a la acreditación de condiciones, sostiene que *"las personas con discapacidad que quieran acceder a la función pública serán admitidas en la realización de las pruebas selectivas, cursos de formación o fase de prueba sin necesidad de acreditar sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales antes de*

²⁰ La comunidad autónoma de Cataluña ha sido pionera en esta materia. De hecho antes de aprobarse la ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y la 17/1985, de 23 de julio, de Función Pública de la Administración de la Generalidad catalana, el Consejo Ejecutivo de la misma ya había elaborado el Decreto 72/1984, de 15 de marzo, sobre integración de los disminuidos en los organismos dependientes de su Administración. Esta norma incorporó dos medidas pro accesibilidad importantes: la reserva de plazas en plantillas funcionariales y laborales en cuantía no inferior al 2 por ciento, así como el hecho de condicionar las subvenciones públicas al cumplimiento de dichas cuotas, que establecía el artículo 38.1 LISMI.

su comienzo, sin perjuicio de lo que establece el apartado siguiente y de que superado el proceso selectivo, al presentar la documentación para ser nombrado o contratado, hayan de acreditar, igual que el resto de aspirantes, su capacidad para desarrollar las funciones del puesto de trabajo que hay que proveer y prestar el servicio público correspondiente" (Art. 5.1).

"Las personas con discapacidad que quieran acceder a la función pública por la vía de reserva en el turno respectivo deberán presentar al tribunal u órgano técnico de selección un dictamen vinculante de sus condiciones psíquicas o físicas, o sensoriales, expedido por el equipo multiprofesional competente, que ha de ser emitido antes del comienzo de la primera prueba selectiva" (Art. 5.2).

El sistema catalán no hace distinciones en cuanto al modo de demostrar la capacidad en el turno libre entre aspirantes minusválidos y que no lo son. Además cuando existe reserva se otorga al interesado la posibilidad de conocer el contenido del informe e instar la subsanación de eventuales errores o incorrecciones, al ser él quien se encarga de solicitarlo y aportarlo. Dicho dictamen, que sigue siendo vinculante, no valora taxativamente la capacidad o incapacidad, sino que ha de referirse a las condiciones "*psíquicas o físicas, o sensoriales*" del opositor, cuyo conocimiento puede resultar de gran utilidad para los miembros del tribunal o comisión, sin llegar a suponer la exclusión automática de aquel. El artículo 4.3 del citado Decreto considera que estos informes deben comprender varios aspectos: A) determinación del grado de disminución; B) cumplimiento de las condiciones de aptitud personal en relación con el puesto de trabajo; C) necesidad de adaptaciones de tiempo y medios materiales para la realización de las pruebas; D) necesidad de adaptación del puesto de trabajo y E) existencia de dificultades de integración laboral y de autonomía personal.

El Decreto número 38/1991, de 19 de febrero, relativo al acceso y provisión de puestos de trabajo de personas con minusvalía en la Administración autonómica de Andalucía, dispone que las condiciones personales de aptitud "*se acreditarán, en su caso,*

te el tema de las plurideficiencias y que los ciegos, totales o parciales, quedan excluidos sin más.

En su disposición adicional 3ª, párrafo 2º, se afirma que *"la Dirección General de Servicios Sociales desarrollará y revisará periódicamente el anexo sobre "condiciones mínimas para el acceso de disminuidos a la función pública", con la finalidad de dotarlo de un mayor grado de precisión al objeto de alcanzar el máximo nivel de eficacia en la aplicación de este Decreto"*; por lo que cabe esperar que tales criterios, tan rigurosos y extraños dentro de una norma que en líneas generales tiende a promocionar la integración, se vayan flexibilizando progresivamente. Teniendo en cuenta que el grupo social "minusválidos" resulta tan heterogéneo como el colectivo "personas", quizá la solución no consista en facilitar al máximo el trabajo de los entes públicos mediante generalizaciones pues, por bien hechas que puedan llegar a estar, siempre resultarán un tanto arbitrarias.

Muy razonable y digna de ser considerada un modelo a reproducir en futuras regulaciones normativas me parece la postura mantenida por el Decreto Num. 66/1999, de 9 de marzo, de la Presidencia de la Generalidad catalana, relativo al acceso a la función pública de personas con discapacidad y de los equipos de valoración multiprofesional⁵⁵. Su artículo 5º, dedicado a la acreditación de condiciones, sostiene que *"las personas con discapacidad que quieran acceder a la función pública serán admitidas en la realización de las pruebas selectivas, cursos de formación o fase de prueba sin necesidad de acreditar sus condiciones físicas, psíquicas o sensoriales antes de*

⁵⁵ La comunidad autónoma de Cataluña ha sido pionera en esta materia. De hecho antes de aprobarse la ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y la 17/1985, de 23 de julio, de Función Pública de la Administración de la Generalidad catalana, el Consejo Ejecutivo de la misma ya había elaborado el Decreto 72/1984, de 15 de marzo, sobre integración de los disminuidos en los organismos dependientes de su Administración. Esta norma incorporó dos medidas pro accesibilidad importantes: la reserva de plazas en plantillas funcionariales y laborales en cuantía no inferior al 2 por ciento, así como el hecho de condicionar las subvenciones públicas al cumplimiento de dichas cuotas, que establecía el artículo 38.1 LISMI.

su comienzo, sin perjuicio de lo que establece el apartado siguiente y de que superado el proceso selectivo, al presentar la documentación para ser nombrado o contratado, haya de acreditar, igual que el resto de aspirantes, su capacidad para desarrollar las funciones del puesto de trabajo que hay que proveer y prestar el servicio público correspondiente" (Art. 5.1).

"Las personas con discapacidad que quieran acceder a la función pública por la vía de reserva en el turno respectivo deberán presentar al tribunal u órgano técnico de selección un dictamen vinculante de sus condiciones psíquicas o físicas, o sensoriales, expedido por el equipo multiprofesional competente, que ha de ser emitido antes del comienzo de la primera prueba selectiva" (Art. 5.2).

El sistema catalán no hace distinciones en cuanto al modo de demostrar la capacidad en el turno libre entre aspirantes minusválidos y que no lo son. Además cuando existe reserva se otorga al interesado la posibilidad de conocer el contenido del informe e instar la subsanación de eventuales errores o incorrecciones, al ser él quien se encarga de solicitarlo y aportarlo. Dicho dictamen, que sigue siendo vinculante, no valora taxativamente la capacidad o incapacidad, sino que ha de referirse a las condiciones "psíquicas o físicas, o sensoriales" del opositor, cuyo conocimiento puede resultar de gran utilidad para los miembros del tribunal o comisión, sin llegar a suponer la exclusión automática de aquel. El artículo 4.3 del citado Decreto considera que estos informes deben comprender varios aspectos: A) determinación del grado de disminución; B) cumplimiento de las condiciones de aptitud personal en relación con el puesto de trabajo; C) necesidad de adaptaciones de tiempo y medios materiales para la realización de las pruebas; D) necesidad de adaptación del puesto de trabajo y E) existencia de dificultades de integración laboral y de autonomía personal.

El Decreto número 38/1991, de 19 de febrero, relativo al acceso y provisión de puestos de trabajo de personas con minusvalía en la Administración autonómica de Andalucía, dispone que las condiciones personales de aptitud "se acreditarán, en su caso,

mediante dictamen vinculante expedido por los órganos competentes (allí del Instituto andaluz de Servicios Sociales), que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas" (Art. 4). "Tanto en la adjudicación inicial del puesto de trabajo, una vez superadas las pruebas selectivas, como en la posterior participación en los concursos de méritos para provisión de puestos de trabajo, los funcionarios con minusvalía podrán instar en la propia solicitud, la adaptación del puesto de trabajo solicitado, siempre que no suponga una modificación extraordinaria en el contexto de la organización". "En ambos casos la Administración podrá requerir al interesado, la información que estime necesaria en orden a la adaptación solicitada, así como el dictamen sobre la procedencia de la adaptación y de la compatibilidad con el desempeño de las funciones del puesto concreto a ocupar" (Art. 5).

Un aspecto destacable de este Decreto, que como algunos más no distingue entre reserva de plazas y turno libre, consiste en que las condiciones personales de aptitud o compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto en cuestión pueden demostrarse, a juicio de los convocantes, con anterioridad o una vez superado el proceso pero no las dos veces, puesto que el artículo 35.f de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce el derecho a "no presentar documentos (...) que ya se encuentren en poder de la Administración actuante". En consecuencia si ésta, previa petición o no, recibió inicialmente un informe que certificaba la compatibilidad de la minusvalía del aspirante con el trabajo específico a realizar, no podrá eludir su nombramiento como funcionario de carrera o ascenso por promoción interna alegando que existe otro posterior en sentido contrario.

El mero hecho de que estos dictámenes, según sucede con todos los demás documentos en un proceso selectivo, se pidan al interesado en vez de al órgano emisor directamente, constituye una garantía de considerable alcance que no contemplan todos los

textos autonómicos relativos al tema, pues le permite conocer su contenido y efectuar posibles reclamaciones si procede. Por ejemplo, el artículo 4.3 del Decreto 20/2002, de 26 de marzo, que aprueba la oferta de empleo público para 2002 en La Rioja no resuelve tal cuestión con claridad. Al afirmar que *"corresponderá a los órganos competentes de la Consejería de Salud y Servicios Sociales la acreditación de la condición de persona con minusvalía y de la aptitud para el desempeño de tareas y funciones del Cuerpo, Escala o categoría correspondiente"* parece querer decir que son estos entes administrativos los que han de aportar los informes de aptitud, cuando lo lógico sería que se limitaran a elaborarlos.

En Aragón, la disposición adicional 6ª del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, afirma que *"los disminuidos físicos, psíquicos o sensoriales serán admitidos, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes, a las convocatorias de selección para el acceso a la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando acrediten la aptitud necesaria para el desempeño de la función"*; por lo que cabe entender que el informe ha de aportarlo cada interesado, obligatoriamente (si desea ser admitido en igualdad de condiciones) y con anterioridad al comienzo de las pruebas. Pero en su párrafo 3º, tras establecer la reserva de plazas y citar el también frecuente objetivo de lograr que un 2% de los efectivos totales de la Administración sean cubiertos con personas discapacitadas, se añade el requisito de que estas *"superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes"*. Observamos que aparece la misma reiteración que en el precepto andaluz sobre el momento de la certificación y que el hecho de si existe o no reserva vuelve a resultar irrelevante al respecto.

En la Comunidad autónoma de Murcia (Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, que regula el acceso y provisión de puestos de trabajo a la Función Pública Regional)º, se dice que *"las personas con minusvalía que participen en las convocatorias de pruebas selectivas*

para acceso a la Función Pública Regional, esté o no prevista la reserva de plazas, deberán reunir los mismos requisitos exigidos al resto de los aspirantes" (Art. 3.1); se someterán a las mismas pruebas selectivas "y demostrarán su capacitación, superando la calificación mínima establecida con carácter general" (Art. 3.2).

"Los aspirantes que resulten seleccionados acreditarán las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes a las plazas convocadas, mediante certificado expedido por el equipo multi-profesional competente de la Administración Pública Regional o, en su defecto, del Ministerio de Asuntos Sociales. Esta certificación deberá presentarse junto con el resto de la documentación necesaria para ser nombrado funcionario de carrera o contratado laboral fijo al servicio de la Administración Pública Regional".

Hasta aquí todo correcto pero, "no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior (exista o no reserva)", si durante la realización de las pruebas selectivas se suscitara dudas al Tribunal respecto de la capacidad del aspirante para el desempeño de las funciones habitualmente desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo o Escala, o Categoría Profesional de personal laboral a que se opta, podrá recabar el correspondiente dictamen del órgano competente de la Administración Pública Regional o, en su defecto, del Ministerio de Asuntos Sociales" (Art. 3.4)²⁸. Por razones ya señaladas y teniendo en cuenta la vinculatividad del referido informe esta facultad, que reconstruye con matices la previsión comprendida en el derogado artículo 19.3 del

²⁸ El Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, que desarrolla el artículo 53 de la Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia, contempla el objetivo de llevar a cabo "una política de integración en el trabajo de personas con discapacidad, facultando al Consejo de Gobierno para el desarrollo reglamentario del sistema mediante el cual podrán acceder dichas personas a prestar servicios en la Administración Pública Regional".

²⁹ La puntualización que figura entre paréntesis ha sido añadida.

³⁰ Consecuencias similares produce, pese a exigir que las dudas planteadas sean razonables, el artículo 9.5 del Decreto 33/1999, de 9 de marzo, que aprueba el Reglamento de selección, provisión de puestos de trabajo y carrera administrativa de la Comunidad Valenciana.

Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, hace difícil pensar que los minusválidos participen en condiciones formalmente semejantes al resto.

El hecho de que un órgano selectivo cuente con la posibilidad de solicitarlo en cualquier momento, sin avisar al opositor pese a que puede suponer su exclusión automática, vulnera gravemente el derecho comprendido en el artículo 23.2 CE, pues esta espada de Damocles no pende sobre los demás participantes, produce indefensión y desde mi punto de vista no obedece a ninguna justa causa, dando lugar a efectos discriminatorios. El único beneficio susceptible de ocasionar es para el solicitante que decide no esperar al final de las pruebas y consiste en tener que corregir algún ejercicio menos.

Al analizar el "derecho a la no discriminación por razón de discapacidad o minusvalía"⁴, observábamos que las expectativas profesionales de quienes forman parte de este colectivo se ven condicionadas por dos tipos de factores: Las reducciones anatómicas reales que en mayor o menor medida limitan objetivamente las capacidades de cada uno y el conjunto de estereotipos o prejuicios sociales que todavía pesan sobre ellos. Considerando que los miembros de órganos selectivos no pueden conocer profundamente y con carácter previo a ningún aspirante (Art. 28 y 29 LAP), la expresión "se suscitarán dudas al Tribunal respecto de la capacidad" permite basar en esas reticencias personales el inicio del procedimiento alternativo de valoración.

El Decreto 52/1999, de 30 de abril, que regula el acceso a la Administración de personas con discapacidad en las islas Baleares, también otorga a los tribunales dicha facultad aunque sólo cuando existe reserva de plazas, añadiendo, como hizo el Real Decreto 364/1995, que "en este caso, hasta tanto no se emita el dictamen, el aspirante podrá participar condicionalmente en el proceso selectivo,

⁴ Más que a la no discriminación, quizá debería hablarse de un derecho a la igualdad de trato.

quedando en suspenso la resolución definitiva sobre la admisión o exclusión del proceso hasta la recepción del dictamen" (Art. 4.3)⁴⁰.

Pese a que la lucha por la integración de minusválidos ha aportado en las últimas décadas resultados extraordinarios, preceptos como éstos nos recuerdan que todas las conquistas sociales requieren de un largo proceso y que la igualdad real de oportunidades en el acceso a las funciones públicas sigue siendo para dicho colectivo una meta lejana.

7.3. LA OBLIGACIÓN DE SUPERAR UN TRÁMITE SELECTIVO ADICIONAL COMO MEDIDA PREVENTIVA.

Teniendo en cuenta que el Art. 62.2 LAP. considera nulas de pleno derecho *"las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales"*; la validez de cualquier precepto que desde un decreto vulnere alguno de los derechos comprendidos en el Art. 23 CE. resulta más que dudosa⁴¹. Aún así existen y siguen siendo aplicados con demasiada frecuencia algunos que, mediante la creación de un procedimiento selectivo añadido, impiden que el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos pueda ser ejercido por los minusválidos en condiciones de igualdad formal con los demás aspirantes.

Respecto a la facultad de solicitar informes previos y eventualmente incapacitantes que determinen en términos absolutos la aptitud o ineptitud del candidato, cabe afirmar que se trata de una

⁴⁰ El Decreto 52/1999, de 30 de abril, modificado en parte por el también Decreto 32/2001, de 23 de febrero, cumple con el mandato comprendido en el artículo 44.2 de la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y dirigido al Consejo de Gobierno, de desarrollar reglamentariamente el sistema por el que las personas discapacitadas pueden acceder a prestar servicios en la Administración autonómica.

medida preventiva no justificada y contraria al contenido del Art. 23.2 CE; más aún cuando los aspirantes minusválidos optan por el turno libre o el nivel de exigencia en caso de reserva sea igual que para el resto de opositores. En tales supuestos deberían evaluarse con arreglo a los mismos criterios, sin perjuicio de las adaptaciones posibles (bajo ningún concepto deben modificar el contenido o nivel de exigencia en los exámenes)⁴² de tiempo y medios que precisen para realizar las pruebas en condiciones semejantes⁴³.

Dado que el artículo 19.1 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública reconoce, como han hecho en España todas las disposiciones autonómicas de este rango al respecto, que "los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas" y que el 5.1 de su reglamento de desarrollo, 364/1995, establece que "los procedimientos de selección serán adecuados al conjunto de puestos de trabajo que pueden ser desempeña-

⁴² Nuestro ordenamiento reconoce varias posibilidades para actuar contra los reglamentos ilegales: el Art. 161.2 CE establece que "el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas"; el 6 LOPJ afirma que "los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa"; el 102.2 LAP dispone, así mismo que "en cualquier momento, las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.1"; resultando también factible la anulación de reglamentos previa interposición de un recurso.

⁴³ "A tal efecto, los órganos de selección podrán requerir un informe y, en su caso, la colaboración de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales." (Art. A.2 RDEP.)

⁴⁴ En la disposición adicional novena de la Ley 1/1999, de 4 de marzo, que modifica la 3/1988 de Ordenación de Castilla-La Mancha, sólo se contempla la posibilidad de "solicitar la adaptación o adecuación de tiempo y medios materiales" para quienes participen por el turno de reserva; pese a reconocer que "las personas con discapacidades podrán participar en cualquier sistema de selección o provisión de puestos de trabajo, en igualdad de condiciones que los restantes participantes".

das por los funcionarios de carrera de los Cuerpos o Escalas correspondientes", estos ejercicios deberían constituir el principal parámetro a la hora de valorar el mérito y la capacidad de todos; sin que unas decisiones "de gabinete" puedan, si los miembros del órgano selectivo así lo deciden, suponer una causa eventual de exclusión a priori para los minusválidos.

Considero que esta medida, destinada a evitar el riesgo de que existan funcionarios poco eficientes, no tiene razón de ser, pues no trata de impedir que el sujeto acceda a un puesto de trabajo sino a un proceso selectivo. Además, cuando el legislador exige a los aspirantes minusválidos que acrediten su aptitud con carácter previo parte de una presunción de incapacidad extraña en nuestro ordenamiento jurídico, de hecho es el único supuesto, que no extiende a quienes no poseen minusvalía reconocida, pese a que el reconocimiento oficial de las mismas es en España afortunadamente voluntario y que a veces, por desconocimiento o deliberadamente, personas que podrían hacerlo no la solicitan. Sabemos que el ocultamiento voluntario de las deficiencias, cuando resulta factible, supone un hecho relativamente frecuente y, en mi opinión, medidas como ésta contribuyen a incrementar el número de casos.

También ocurre que otros ciudadanos, cuya incorporación al proceso selectivo y a un hipotético puesto de trabajo en la Administración podría producir alteraciones mayores (pensemos, por ejemplo, en quienes padecen problemas de alcoholismo o drogadicción, trastornos mentales, enfermedades infecto-contagiosas o simplemente tienen "malas intenciones") acceden al primero de ellos sin ninguna cortapisa. Cierto es que circunstancias como éstas resultan a menudo imposibles de detectar a simple vista, pero el hecho de que las minusvalías ya diagnosticadas sean particularmente fáciles de controlar no constituye razón suficiente para partir de la desconfianza y penalizar exigiendo requisitos adicionales a quienes las sufren.

Con respecto a los informes eliminatorios susceptibles de solicitarse y expedirse una vez superadas las pruebas cuando no existe reserva, si el contenido de éstas se adapta en buena medida al de las funciones propias del trabajo a realizar, el hecho de que alguien las supere con mejor puntuación que el resto de aspirantes debería ser razón suficiente para presumir, mientras la realidad no demuestre otra cosa, que desempeñará sus tareas con las debidas garantías, independientemente de cual sea su raza, sexo, religión, vecindad civil, comunidad autónoma de procedencia, condición de minusválido o no..., más aún considerando el elevado índice de competitividad que habitualmente (no siempre) caracteriza a tales procesos.

La posibilidad de excluir del servicio público a los funcionarios poco eficientes una vez incorporados existe como medida sancionadora y en previsión de que concurren incapacidades sobrevenidas; pero en ambos supuestos la decisión final debe ir precedida por un procedimiento reglado que sirve de garantía. En mi opinión sería preferible, aunque no necesario, establecer un sistema semejante para retirar a quienes trabajando demuestren su falta de capacidad preexistente, antes que seguir utilizando el vigente mecanismo de exclusión mediante informes.

En los tres casos se trata de impedir a quien ha superado todas las pruebas el ejercicio de un derecho fundamental por razones de utilidad pública, si bien la diferencia en cuanto a las garantías resulta más que notable dependiendo del motivo. Cuando, por mucho que sea en aras del bien general, a un ciudadano le prohíben ejercer uno de los derechos fundamentales comprendidos en el Capítulo segundo del Título primero CE, como es el que existe a acceder (y permanecer) en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, sin garantizar el respeto de sus otros derechos mediante un procedimiento reglado, es vulnerada su dignidad y algunos principios esenciales más comprendidos en nuestra Carta Magna.

Cuando tiene lugar una reserva de plazas "bien entendida", ya que el nivel de exigencia resulta algo inferior al previsto para los participantes en el turno libre, puede desaparecer la presunción de que quienes aprueben sean los más preparados; pero la forma en que operan los dictámenes de incompatibilidad en mi opinión tampoco es nada ortodoxa. Un informe previo, aportado por el participante y elaborado por el órgano multiprofesional, podría resultar interesante para los miembros del órgano selectivo si se pronunciara sobre el tipo de minusvalía y las consecuencias o necesidades que normalmente conlleva a la hora de realizar los ejercicios; al igual que uno posterior relativo a las adaptaciones precisas y circunstancias físicas o psíquicas del opositor, destinado a aprovechar al máximo su potencial profesional. Pero si dichos documentos tienen carácter vinculante (a efectos prácticos quien solicita un informe vinculante delega en el órgano emisor la facultad de resolver a su juicio el asunto de que se trate), suelen e incluso deben pronunciarse en términos absolutos sobre la supuesta capacidad o incapacidad y ningún precepto exige que quienes los elaboran actúen conforme a un procedimiento, conozcan al interesado o utilicen datos recientes, muy poca será la utilidad que revisitan y cuantiosos los errores o fraudes que puedan ocasionar.

En efecto el nivel de exigencia resulta algo menos elevado, pero ello obedece a una justa causa y tampoco es razón suficiente para incorporar un proceso preseselectivo que excluya a los "no capaces" u otro posterior que seleccione entre los ya escogidos. Si el principal objeto de la menor exigencia consiste en compensar las dificultades que este colectivo encuentra al afrontar las pruebas y acceder a un puesto de trabajo en el mercado libre de empleo, pero al mismo tiempo se penaliza a quienes en mayor proporción han de enfrentarse a ellas, la medida dejará de cumplir su verdadero objetivo beneficiando quizá en exceso a los que, pese a padecer una minusvalía igual o superior al 33%, podrían competir en igualdad de condiciones con los no discapacitados.

7.3.1. Recursos contra un informe vinculante

Ya que cuando una decisión administrativa se basa en un informe vinculante no decide el órgano que emite la resolución sino quienes lo elaboran, cualquier recurso que se plantee contra decisiones adoptadas mediante este sistema deberá referirse al contenido del dictamen por ser su verdadera causa.

Tales documentos, excepcionales puesto que *"salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes"* (Art. 83.1 LAP)⁴⁴, están más próximos a los supuestos de coparticipación en el proceso de toma de decisiones y al derecho de veto que a la actividad consultiva en sentido estricto. Según ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de marzo de 1990, tras ellos subyace *"una potestad decisoria enmascarada. Porque lo que ocurre es que por razones no siempre explicables se ha optado por mantener formalmente en manos de una organización la decisión que, sin embargo, materialmente ha sido transferida o se retiene por otra. De manera que el contenido de la decisión se elabora por el órgano informante y el que aparece decidiendo cara al público se limita a dar forma o vestidura a aquella decisión"*⁴⁵.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 107.1 LAP: *"contra las resoluciones⁴⁶ y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de conti-*

⁴⁴ Varias leyes administrativas, como la 22/1988, de 28 de julio de Costas (art. 112); la 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (Art. 10.2) o la 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (DA. 1^a) incorporan la exigencia de informes preceptivos vinculantes; pero sólo en cuanto al acceso a las funciones y cargos públicos para los discapacitados operan los facultativos vinculantes.

⁴⁵ Las resoluciones son actos que deciden un procedimiento administrativo, que le ponen fin y que, como afirma la STS. de 4 de mayo de 1965, "constituyen la manifestación final de la acción administrativa, concepto que no debe confundirse con el de acto que agota la vía administrativa o acto que causa estado, según la terminología tradicional. Frente a la confusión dominante hay que proclamar la diferencia entre uno y otro conceptos: el de acto definitivo se establece en función del carácter del mismo en el procedimiento en que ha sido dictado, mientras que el de acto que agota la vía administrativa lo es en función de su impugnabilidad ulterior"

nuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley⁴³. La exclusión de procesos selectivos por incapacidad constituye un acto de trámite que decide sobre el fondo de un asunto, por lo que en realidad no es tal sino uno definitivo.

Pese a que entre los actos nulos de las Administraciones públicas se encuentran "los que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional" (Art. 62.1.a) LAP)⁴⁴, y a que de este selecto grupo forman parte los comprendidos en el artículo 23.2 CE, las exclusiones preventivas por supuesta falta de capacidad no suelen considerarse nulas, sino potencialmente anulables. La causa de nulidad prevista en el citado precepto reviste indudable importancia por la trascendencia de esos derechos cuya protección persigue,

⁴³ Este precepto concuerda básicamente con el Art. 25.1 LJCA, al afirmarse allí que "el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". Sobre los actos de trámite que pueden ser objeto de recurso ante los tribunales contencioso-administrativos: AAVV, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Aranzadi, Navarra, 1998, p.315 y ss.

⁴⁴ Este precepto concuerda básicamente con el Art. 25.1 LJCA, al afirmarse allí que "el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos". Sobre los actos de trámite que pueden ser objeto de recurso ante los tribunales contencioso-administrativos: AAVV, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Aranzadi, Navarra, 1998, p.315 y ss.

⁴⁵ Este párrafo fue reformado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, eliminándose la referencia al contenido esencial de tales derechos y libertades que figuraba en su redacción inicial. José SUAY RINCÓN, "Novedades de la Ley 4/1999 en materia de procedimiento administrativo", en La Ley 4/1999 de Procedimiento Administrativo, Colex, Madrid, 2000, p.86.

pero en la práctica su invocación resulta infrecuente sin ir acompañada de otros motivos.

Una dificultad esencial radica en precisar que grado de afectación basta para acarrear la nulidad radical de un acto por esta causa, debido a la indeterminación del término "*lesionar*" que figura en el artículo 62.1. a) LAP¹⁴. Resultaría absurdo y poco práctico para el normal desarrollo de la actividad administrativa, considerar sin efectos cualquier actuación que pueda limitar alguno de los derechos fundamentales.

El supuesto comprendido en este precepto constituye ante todo una especie de símbolo cuya introducción obedeció al nuevo marco constitucional nacido en 1978¹⁵. Como manifestó el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 1992 (Sala 3ª, Sección 1ª), "*la lista de causas de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo ha de ser ampliada con la vulneración de los derechos fundamentales dado su sentido nuclearmente esencial en un Estado de Derecho*"¹⁶; pues "*la eficacia directa de nuestra Norma Suprema así lo exige*"¹⁷.

Al resultar "*inulnables los actos de las Administraciones que incurrían en cualquier infracción del ordenamiento jurídico*" (Art. 63.1 LAP), frente a esas actuaciones calificadas¹⁸, que excluyen a determinadas personas en los procesos de concurrencia competitiva por supuesta falta de capacidad, cabe interponer recurso admj-

¹⁴ José BERMEJO VERA, Cit. p.232.

¹⁵ En Derecho administrativo la nulidad absoluta sólo opera en los supuestos expresamente establecidos, mientras que la anulabilidad constituye la regla general (SSTS. de 11 de octubre de 1981, 4 de enero de 1983, 21 de marzo y 15 de junio de 1990) y Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Manual de Procedimiento Administrativo, Civitas, Madrid, 2002, p. 247 y ss.

¹⁶ Por razones obvias la LPA, de 17 de julio de 1958, no contemplaba este supuesto como causa de nulidad, sino que fue introducido por la 30/1992.

¹⁷ SJS. de 1 de octubre de 1998 (Sala 3ª, Sección 6ª). AAVV, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, Aranzadi, Navarra, 2002, p.427 y ss.

nistrativo. Concretamente *"las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado el presidente de los mismos"* (Art. 114.1 LAP).

Los artículos 114 y 115 de dicha Ley regulan el recurso de alzada como cauce ordinario de que los ciudadanos disponen para hacer valer sus derechos vulnerados por resoluciones y actos administrativos, puesto que puede interponerse frente a todo tipo de actuaciones y estar fundado en cualquier vicio de legalidad. Al ser preceptivo para acudir a los órganos jurisdiccionales cuando no se haya agotado la vía administrativa²⁹, supone para la Administración una forma de corregir internamente, según su estructura jerárquica, las decisiones adoptadas por los órganos inferiores, antes de que el interesado acuda a la vía jurisdiccional.

Una interesante novedad que la Ley 4/1999 incorporó a la 30/1992 en materia de recursos, fue la recuperación del potestativo de reposición, regulado en los artículos 116 y 117 LAP. Agotada

²⁹ La oposición a los actos de trámite no cualificados puede alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento (Art. 107.1 LAP) pero esto no resulta obligatorio. Únicamente se contempla como una garantía para el administrado y una forma de corregir el acto definitivo, sin condicionar la ulterior admisibilidad de un hipotético recurso administrativo. Si el acto de trámite no es cualificado, el administrado puede esperar a la resolución final para su impugnación, no viéndose obligado a cumplir con ningún requisito previo. Joaquín TORNOS MÁS, "Los recursos administrativos en la Ley 4/1999", en La Ley 4/1999 de procedimiento administrativo, Cit. p.131 y ss.

³⁰ Según el artículo 109 LAP, ponen fin a la vía administrativa: las resoluciones de los recursos de alzada, las de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2, las de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario, las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca y los recursos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores de procedimiento.

la vía administrativa, el afectado cuenta con la facultad de decidir si recurre en reposición frente al mismo órgano que dictó el acto o si lo impugna directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (Art. 16.1 LAP); teniendo en cuenta que en el primer caso *"no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto"* (Art. 116.2 LAP).

El recurso extraordinario de revisión, descrito en los artículos 118 y 119 LAP, sólo procede contra los actos firmes en vía administrativa y debe basarse en alguno de los motivos de oposición tasados. Uno de ellos concurre cuando *"al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente"* (Art. 118.1.1º LAP)²⁵, por lo que también puede aplicarse en algunos supuestos de exclusión mediante informes.

7.3.2. Los informes y el Derecho al trabajo

En mi opinión los orígenes de ese "otro proceso selectivo", que junto al ordinario deben superar los minusválidos para trabajar en las administraciones, pueden basarse en un lamentable error; el de haber trasladado al peculiar ámbito de los empleos y cargos públicos una práctica habitual en el acceso de minusválidos al empleo privado, pese a tratarse de dos cuestiones radicalmente distintas que la Constitución contempla en preceptos diversos, añadiendo el inconveniente, que a simple vista más parece y pudo pretender ser una garantía, de la vinculatoriedad de los informes²⁶.

El deber de trabajar y el derecho al trabajo, así como a la libre elección de profesión u oficio, aparecen en el artículo 35.1 de

²⁵ Los tres supuestos restantes son: "Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida"; "que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquella resolución" y "que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme" (Art. 118.1 LAP).

nuestra Carta Magna con carácter más simbólico que real, pues las posibilidades de ejercerlos están, en buena medida, supeditadas a las coyunturas económicas y del mercado laboral⁷⁷. Además en el Art. 38 CE. "se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". De forma que cada empresario, siempre conforme a la legalidad establecida, podrá organizar su negocio como desee y contratar a las personas que crea conveniente⁷⁸. Recordemos que, pese a la prohibición genérica de discriminar comprendida en los artículos 14 CE.⁷⁹ y 4.2.c. ET, no aparece en nuestro sistema jurídico ni resultaría factible un derecho a la igualdad en el acceso al empleo privado.

Si bien el que existe a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos pervive a lo largo de toda la relación funcionarial, ese aspecto que ahora analizamos tiene lugar en un primer momento y se traduce en la posibilidad de afrontar las

⁷⁷ Según el artículo 3.1 a) del RD 1306/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social una función de los Equipos de Valoración de Incapacidades consiste en "examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social los dictámenes propuestos, preceptivos y no vinculantes, en materia de amплación o disminución de la capacidad para el trabajo por existencia de situaciones de invalidez permanente".

⁷⁸ Por supuesto que estas circunstancias también afectan a las Administraciones, pero nunca al derecho a acceder en condiciones de igualdad a puestos de trabajo en ellas.

⁷⁹ Sobre los límites del derecho a la libertad de empresa José María GIMENO FELLÚ, "Fundamentos de la ordenación jurídica de la economía y esbozos del intervencionismo administrativo", en *Derecho Administrativo Parte especial* (Dir. José BERMEO VERA), Civitas, Madrid, 2004, p. 853 y ss.

⁸⁰ Como ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencia 269/1994, de 1 de octubre, las minusvalías son susceptibles de incluirse en la cláusula "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" con que concluye el Art. 14 CE.

pruebas, haciéndolo en igualdad de condiciones que los demás participantes. A fin de garantizarlo, el ente público convocante no está facultado para excluir a ningún candidato sospechoso de incapacidad. La única excepción consiste en que puede hacerlo de manera indirecta, siempre y cuando el concreto aspirante sea minusválido, urtiendo un profesiograma previa solicitud del correspondiente informe.

El origen de tan curiosa fórmula y más concretamente de los denominados "profesiogramas", aparece en el artículo 8º del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. Según el cual, si un empresario solicita a la Oficina de Empleo correspondiente que le proporcione trabajadores minusválidos, debe remitir un escrito "*con descripción detallada de los puestos a cubrir, características técnicas de los mismos, así como capacidad que debe tener el trabajador para cubrir dicho puesto*". En base al citado escrito, los encargados de hacerlo en el INEM, o institución autonómica análoga serán quienes soliciten informes "*de los equipos multiprofesionales sobre la adecuación del puesto de trabajo a la minusvalía de los trabajadores que, teniendo tal condición, se encuentren inscritos en la Oficina de Empleo*"¹⁰.

Pero cuando intentamos, según en mi opinión han hecho el legislador y artífice de los reglamentos al respecto, tratar del mismo modo situaciones radicalmente distintas, corremos el riesgo de cometer injusticias flagrantes. El demandante minusválido de empleo que pretende obtener un puesto de trabajo en el sector

¹⁰ A fin de evitar posibles fraudes, por consulta de la DGT. de 11 de mayo de 1990, se resolvió que la no existencia de trabajadores minusválidos inscritos en la Oficina de Empleo, o su falta de capacidad para la cobertura del puesto solicitado, son hechos a valorar por la Inspección de Trabajo para apreciar la existencia o no de infracción laboral. José Manuel SÁNCHEZ-CERVERA SENRA y José Manuel SÁNCHEZ CERVERA VALDÉS. Los trabajadores discapacitados. CISS. Valencia, 2000, p.77.

privado, se limita a aparecer como tal en los archivos del INEM, siendo el empresario quien acude en busca de trabajadores. Al no existir ninguna prueba o proceso selectivo, los datos sobre el puesto de trabajo que éste último proporciona, así como los informes elaborados en el organismo competente, constituyen un buen sistema para preseleccionar a los candidatos más idóneos y prevenir riesgos laborales derivados de la propia incapacidad.

Teniendo en cuenta que la decisión final de celebrar o no un contrato de trabajo corresponde a las partes interesadas, esta medida puede parecer innecesaria pero no lo es pensando en los empresarios que desean cubrir la cota del dos por cien careciendo de los conocimientos sobre minusvalías precisos para seleccionar. Además el mal causado no es comparable con el que puede tener lugar en las oposiciones. Siempre que algún aspirante minusválido participa en pruebas de acceso al empleo público con posibilidades de superarlas ha debido completar previamente un período de preparación, a menudo largo y laborioso, por lo que este procedimiento de selección complementario puede producir y de hecho ocasiona importantes daños psicológicos a algunas personas. Aunque en ambos supuestos lo pretendido sea obtener un trabajo remunerado, desde el punto de vista del aspirante no es lo mismo que "nunca le avisen del paro" que ver cómo, tras varios años preparando una oposición, le está prohibido participar en ella o resulta excluido sin suspender ninguna prueba.

Lo que él solicita al presentar la instancia no es directamente un puesto de trabajo, como hace quien acude al Instituto de Empleo competente, sino participar en un concreto proceso selectivo, que en este caso sí existe y supone el único parámetro para medir la capacidad de los no minusválidos. Al superponerse la forma que dichas entidades tienen de preseleccionar en el empleo privado con las que tradicionalmente existen para el de carácter público (oposiciones y concursos) han surgido dos sistemas de selección que se aplican simultánea o sucesivamente al colectivo

"minusválidos" según decida el Tribunal, pero sólo si sus miembros lo consideran oportuno.

El procedimiento preselectivo de acceso al empleo privado requiere la participación activa de cuatro agentes: El interesado, que se limita a inscribirse en el registro para minusválidos de la Oficina de Empleo; el empresario (también interesado), que acude voluntariamente a ésta buscando trabajadores que cumplan determinados requisitos y aporta un listado con las posibles tareas a desarrollar; el Instituto de la Seguridad Social competente para realizar informes sobre minusvalías y el INEM, o institución autonómica equivalente, que cuenta con la posibilidad de solicitarlos haciendo de intermediario entre los otros tres participantes. Deberá sopesar los datos de formación y discapacidad que en su día le hizo llegar el aspirante, teniendo en cuenta las características del trabajo ofrecido y, si se le plantean dudas, demandará informe del ISS⁴.

Cuando se trata de un proceso selectivo para trabajar en la Administración como funcionario sólo intervienen tres sujetos: El aspirante, que pretende participar en las pruebas y lo hace de no ser previamente excluido; la Administración convocante, que renite una lista de requisitos o funciones previa o simultánea petición del informe; así como el Instituto de la Seguridad Social que, sopesando estos y los otros datos obrantes en su poder, decide si el opositor participa o continúa en el proceso. Cuando la respuesta tenga carácter negativo quedará fuera sin más, pero en caso de resultar afirmativa deberá superar las mismas pruebas previstas para todos.

Cosa distinta es que hay puestos en las Administraciones que, por sus peculiares características, requieren aptitudes físicas o psíquicas especiales para su correcta realización. Siempre que

⁴ Aunque desde el Instituto de Empleo se decida escoger a uno o varios candidatos, obviamente son trabajador y empresario quienes tienen la última palabra: El segundo podrá decidir si contrata o no al primero, en que circunstancias (siempre dentro de la legalidad) y por cuanto tiempo: mientras que el operario valorará si le interesa o no aceptar.

estas exigencias atiendan a criterios de razonabilidad y hayan sido objetivamente establecidas, al igual que publicadas en la convocatoria o con carácter previo (bomberos, policía, ejército, etc) no tienen por que plantear problemas de constitucionalidad por considerarse discriminatorias; dado que para el acceso a los mismos el examen médico constituye una prueba objetiva más a realizar por todos los participantes y que su no superación provoca la exclusión de cualquier candidato, como si de un psicotécnico, un caso práctico o un examen escrito u oral se tratase.

7.4. FÓRMULAS PARA FOMENTAR LA INSERCIÓN PROFESIONAL DE DISCAPACITADOS

7.4.1. Igualdad material y formal en las pruebas de acceso al empleo público

Hablar de igualdad formal o material en el acceso a las funciones y cargos públicos cuando existe un proceso selectivo adicional que se aplica sólo a éste colectivo quizá resulte poco apropiado. Aún así cabe citar la eficacia relativa de dos fórmulas que, pese a las múltiples carencias todavía existentes en su regulación normativa, han contribuido a conformarla: el sistema de plazas reservadas y el mandato legal de procurar a cada aspirante minusválido las adaptaciones posibles de tiempo y medios que precise para realizar las pruebas en condiciones similares al resto.

El Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad en el ámbito estatal¹², contempla estas dos medidas, añadiendo otras que unidas a las mismas pretenden garantizar su utilidad. Mediante él se procura "fomentar

¹² "Este real decreto será de aplicación a los procedimientos de acceso al empleo público y provisión de puestos de trabajo del personal al que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública" (Art. 1.2 RDEP).

la práctica de acciones positivas que favorezcan la igualdad de oportunidades, sin perjuicio de la igualdad de condiciones de acceso que debe imperar entre los candidatos a la cobertura de puestos de empleo público"⁶³ pero, en mi opinión, este reglamento tampoco soluciona los múltiples inconvenientes de que la materia adolece en nuestro sistema jurídico. Aboga por la igualdad formal de oportunidades (adaptaciones posibles de tiempo y medios) colocando la material en entredicho

Del mismo modo que hizo la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, cuyo desarrollo está destinado a llevar a cabo, establece que "en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento" (Art. 2.1 RDEP)⁶⁴. Pero: ¿a caso adquiere relevancia el hecho de si se reserva un tres, un cinco o un diez por ciento cuando el nivel de exigencia va a resultar idéntico al de los participantes en el turno libre según se desprende de su artículo 37.

Como novedades relevantes: admite que estas plazas puedan ofrecerse en convocatorias extraordinarias y no sólo junto a las de acceso libre (Art. 2.2 RDEP)⁶⁵, además si el número de vacantes reservadas y cubiertas no alcanza la tasa del tres por ciento de las convocadas, las plazas no cubiertas se acumulan al cupo del cinco por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del 10 por

⁶³ Dicho objetivo aparece junto a otros en el preámbulo del Real Decreto.

⁶⁴ "La opción a estas plazas reservadas habrá de formularse en la solicitud de participación en las convocatorias, con declaración expresa de los interesados de que reúnen el grado de discapacidad requerido, acreditado mediante certificado expedido al efecto por los órganos competentes del Ministerio

⁶⁵ El Decreto 41/2003, de 25 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público de la Diputación General de Aragón para el año 2003, incorporó una novedad reseñable. De conformidad con lo previsto en el artículo 23 y en la disposición adicional sexta de la Ley de ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, estableció la reserva de un número de plazas propias de funcionarios para ser cubiertas mediante convocatorias independientes por personas con minusvalía, correspondiendo efectuar dichas convocatorias de forma separada según el tipo de discapacidad padecida.

ciento (Art. 3.2.2 RDEP.) y la pregunta de en qué categorías profesionales deberán tener lugar las reservas, responde afirmando que "el Ministerio de Administraciones Públicas realizará la distribución de la reserva de plazas dando preferencia y mayor cupo de reserva a las vacantes en cuerpos, escalas o categorías cuyos integrantes normalmente desempeñen actividades compatibles en mayor medida con la posible existencia de una minusvalía..." (Art. 3.1 RDEP.).

7.4.1.1. Sistema de plazas reservadas

Las Comunidades Autónomas de Baleares, Castilla-La Mancha⁶⁶, Cataluña, Madrid, Asturias, Extremadura, Navarra, Galicia y Cantabria, así como recientemente la Administración General del Estado (Ley 53/2003, de 10 de diciembre), elevan a un mínimo del 5% el índice de puestos reservados, Andalucía destina a los minusválidos un 4% de sus vacantes en el sector público, Murcia oscila entre un 3 y un 5%, mientras que Castilla-León ha sido la primera en alcanzar el 7%. Tan significativa desigualdad territorial es debida a que hasta el momento no se ha considerado competencia exclusiva del legislador estatal la regulación básica de esta cuestión. Dicho inconveniente no supone el principal obstáculo que limita la efectividad real del sistema de plazas reservadas. La falta de regulación específica ocasiona importantes arbitrariedades que convierten en más que dudosa su eficacia compensatoria; de ella suele hablarse mucho sobre todo a nivel político, pero se dice francamente poco.

⁶⁶ Junto a la tradicional reserva, la DA. 9.3 (adicionada por Ley 1/1999) de la Ley 3/1998, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha afirma que "en los términos que reglamentariamente se establezcan, la Administración podrá crear puestos singulares reservados a las personas con discapacidad psíquica superior al 25 por 100, y a personas con otra discapacidad superior al 45 por 100. El acceso de estas personas se efectuará por un turno separado e independiente del correspondiente a la Oferta de Empleo Público. Quienes accedan por este turno, tanto de forma temporal como definitiva, no podrán desempeñar puestos que no hayan sido calificados, previos los informes correspondientes, como de adscripción exclusiva para discapacitados".

Al no existir ninguna disposición normativa que determine el nivel o porcentaje de conocimientos exigible a los discapacitados con respecto al resto de candidatos nada impide que este sea el mismo, lo cual sucede a menudo. Coloquialmente suele afirmarse que basta con que superen las pruebas pero, teniendo en cuenta que el número de aprobados nunca ha de ser superior al de puestos convocados, cabe entender como "calificación mínima" la alcanzada por el opositor que hubiera obtenido plaza con menor puntuación, desapareciendo así lo que pretendía constituir una medida de igualdad positiva.

A fin de solucionar estas cuestiones en su ámbito de vigencia, el artículo 52 de la Orden 1285/1999, de 11 de mayo, que aprueba las instrucciones relativas al funcionamiento y actuación de los Tribunales de selección en la Comunidad Autónoma de Madrid, señala que el Tribunal determinará el nivel mínimo exigible para la superación de las diferentes pruebas, haciéndolo de manera independiente para cada turno de provisión. Este hecho conforma una excepción de donde otras administraciones deberían tomar ejemplo.

Recordemos que la vía de reserva bien entendida, que implica una diferencia de trato real pero ajustada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, por lo que no puede resultar excesiva, constituye un ejemplo de discriminación positiva que halla su justificación en los artículos 1.1, 9.2, 14, 23.2, 35.1 y 49 CE; así como que no supone ningún privilegio infundado para los minusválidos, sino sólo una justa compensación de la situación desfavorable en que afrontan las pruebas de acceso y la lucha por un puesto de trabajo en el mercado libre de empleo⁶⁷.

El paulatino proceso de descentralización político-administrativa a que actualmente asistimos ha ido haciendo cada vez más

⁶⁷ Exposición de motivos del Decreto 238/1987, de 20 de julio, por el que se desarrolla el Capítulo X del Título IV de la Ley 37/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, y se fomentan otras vías concurrentes para la integración laboral de las personas discapacitadas.

frecuente el problema de cómo llevar a cabo la reserva cuando el escaso número de plazas ofertadas anualmente produce la imposibilidad fáctica de calcular un 3, un 4, un 5 o un 7 por ciento. Los entes públicos que en conjunto ofrecen más de 33, 25, 20 o 15 plazas, según se trate, suelen realizarla teniendo en cuenta el total de los puestos ofrecidos en sus distintos grupos, cuerpos y escalas*, considerando incluso posibles sugerencias de los interesados. El resto, en ocasiones, prefieren sumar las de varias ofertas de empleo público sucesivas e ir reservando cuando proceda o bien redondear las fracciones por exceso, de forma que siempre habrá como mínimo una plaza para minusválidos**, mientras que un numeroso grupo de ellos opta directamente por no hacerla.

Casi todas las leyes y decretos relativos al tema en España disponen que esta reserva tendrá lugar con respecto al cómputo global de las ofertas de empleo público, pero hay excepciones: Concretamente el Decreto canario 43/1998, de 2 de abril, prevé en su artículo 3.4 que, *"cuando el porcentaje de reserva fuese inaplicable, por no llegar a una unidad entera, dado el reducido número de plazas ofertadas anualmente para un determinado grupo o categoría, podrá optarse por redondear el resultado por exceso o por acumularlo a la correspondiente a cualquier otro grupo o categoría, atendiendo a las recomendaciones que al respecto dicte la Comisión para la integración socialabo-*

* Concretamente la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; la 4/1993, de 13 de marzo, de Regulación de la Función Pública de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria; el Decreto legislativo 1/1990, de 25 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública y el Decreto 67/1999, de 15 de abril, que aprueba el Reglamento general de ingreso del personal y de provisión de puestos de trabajo en Castilla-León; el Decreto foral legislativo 251/1993, de 30 de agosto, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas; el Decreto 52/1999, de 10 de abril, que regula el acceso a la Administración de personas con discapacidad en las islas Baleares; el 43/1998 de 2 de abril, sobre sistema de acceso de las personas con minusvalía para la prestación de servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y las medidas de fomento para su integración laboral...

ral de personas con minusvalía regulada en el Capítulo III del presente decreto"; dando así a entender que, de existir un número suficiente de plazas, debería producirse en todo tipo de puestos.

Según la disposición adicional 19ª de la Ley 30/84, de Medidas para la reforma de la Función Pública, *"en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado..."*⁷⁰. Pero: ¿seguiría siendo constitucionalmente legítima la reserva en caso de que este cupo del 2% llegara a completarse?

Como ya tuvimos ocasión de señalar haciendo referencia al principio de igualdad y a la prohibición constitucional de discriminar, a menudo los minusválidos encuentran dos tipos de dificultades para desarrollarse personal y profesionalmente: Las que derivan de su pertenencia a un grupo social tradicionalmente infravalorado y otras procedentes del alcance físico o psíquico real de la propia deficiencia. Si consideramos que ante todo las reservas constituyen acciones positivas, esto es, medidas temporales destinadas a compensar la infravaloración que los integrantes de dicho colectivo padecen por el simple hecho de pertenecer al mismo, cabe entender que una vez superado el porcentaje establecido también lo estará la situación discriminatoria y que la reserva dejará de tener carácter necesario por haber cumplido ya su objetivo. Si, por el contrario, pensamos que sin dejar de pertenecer en cierto modo al grupo anterior configuran esencialmente medidas de igualación positiva, consistentes en una serie de tratos, formalmente desiguales, orientados a alcanzar la igualdad real entre

⁷⁰ Art. 1.2 del Decreto 153/1993, de 30 de diciembre, que desarrolla el acceso y provisión de puestos de trabajo a la Función Pública de Murcia.

⁷¹ Este objetivo aparece igualmente en casi todos los Textos autonómicos que regulan el acceso al empleo público de discapacitados.

quienes parten de situaciones objetivamente desiguales, lo que desde mi punto de vista sucede, el límite del 2 por ciento resultará más simbólico que real⁷¹ y la medida continuará siendo constitucional aunque se alcance.

7.4.1.2. Adaptaciones posibles de tiempo y medios

En la frecuente expresión "*adaptaciones posibles de tiempo y medios*" suele también ocultarse un factor diferencial, susceptible de ser transformado en discriminatorio de no aplicarse conforme a los principios de eficacia, proporcionalidad y buena fe. Cabe entender como tales las que no desvirtúan el contenido de las pruebas ni proporcionan ventajas a quienes hacen uso de ellas, pero esta definición resulta demasiado abstracta y con relativa frecuencia una misma adaptación, en un tipo de prueba similar, es rechazada por unos tribunales y admitida por otros.

Normalmente se solicitan al presentar la instancia, de hecho el artículo 8.2 del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, dispone "*que los interesados deberán formular la correspondiente petición concreta en la solicitud de participación, en la que se reflejen las necesidades específicas que tiene el candidato para acceder al proceso de selección en igualdad de condiciones*"⁷², pero el órgano selectivo no está

⁷¹ El límite del 2% fue determinado en función del porcentaje de personas minusválidas que existía en España a principios de los años ochenta, pero actualmente las encuestas y datos oficiales hacen referencia a índices mucho mayores.

⁷² Una de las varias novedades reseñables que incorpora esta reciente disposición normativa está en haber definido los conceptos de adaptaciones de tiempo y medios. Por las primeras entiende (Art. 8.3) "la concesión de un tiempo adicional para la realización de los ejercicios. Mediante una resolución conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Trabajo y Asuntos Sociales, se establecerán los criterios generales para determinar esa adaptación". Mientras que "la adaptación de medios y los ajustes razonables consisten en la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnológicas asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde estas se desarrollen" (Art. 8.4 RDEP).

obligado a informar expresamente al candidato acerca de si han sido aceptadas o denegadas por considerarse innecesarias, de imposible realización o incompatibles con el proceso.

Ocurre de vez en cuando que algún minusválido asiste a un examen pensando que dispondrá de las adaptaciones requeridas y allí descubre que no es así, lo que acostumbra a traducirse en un suspenso más que seguro. Un ejemplo paradigmático, aunque existen muchos otros, lo constituye el del ciego a quien habiendo solicitado recibir el ejercicio en sistema Braille o sonoro le es entregado escrito en tinta, viéndose obligado a retirarse o permanecer de brazos cruzados mientras los demás participantes se examinan.

La necesidad de adaptaciones no sólo concurre al realizar las pruebas sino también en los puestos de trabajo. Es un hecho relativamente frecuente que los minusválidos presentes en listas de interinos pierdan oportunidades de empleo en el sector público so pretexto de no resultar factibles aquellas; cuando el término "posibles" tiene carácter relativo, dependiendo a menudo su alcance de la dedicación, interés y pericia de quienes llevan a cabo los ajustes precisos.

7.4.2. Obligaciones impuestas al sector privado

La obligación de reservar un determinado número de plazas para ser ocupadas por trabajadores discapacitados, conocida como "*sistema de cuota*", no sólo afecta a las administraciones. De hecho el artículo 38.1 LISMI, modificado por las leyes 66/1997, de 30 de diciembre (DA. 39) y 50/1998, de 30 de diciembre (DA. 11)⁷, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, dispone que

⁷ La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, también modifica, en su artículo 17, la redacción del artículo 18 de la 66/1997, de 30 de diciembre, eximiendo del pago de la tasa de derechos de examen a las personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por cien y a quienes figuren como demandantes de empleo durante el plazo mínimo de un mes anterior a la fecha de convocatoria de pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas de funcionarios o a las categorías de personal laboral convocadas por la Administración Pública estatal.

"las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos⁷. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal".

"De manera excepcional las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, números 2 y 3, del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente".

También se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad "cuando la no incorporación de un trabajador minusválido a la empresa obligada se deba a la imposibilidad de que los servicios de empleo públicos competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de la misma y concluirla con resultado negativo, por la no existencia de demandantes de empleo discapacitados inscritos en la ocupación indicada en la oferta de empleo o, aún existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las

⁷ Este mandato fue reproducido en el artículo 4 del RD. 1451/1983, de 11 de mayo, por el que, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982 de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.

condiciones de trabajo ofrecidas en la misma" (Art. 1.2 RD. 27/2000, de 14 de enero).

Este Real Decreto propone, como posibles medidas alternativas: La "realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o de cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esa medida". La "realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa". Al igual que la "realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo en favor de los minusválidos y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo" (Art. 2.1).

"El importe anual de los contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo de las medidas primera y segunda del apartado anterior habrán de ser, al menos tres veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%". "El importe anual de la medida alternativa 3ª del apartado anterior habrá de ser al menos, de un importe de 1,5 veces el salario mínimo interprofesional anual por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%" (Art. 2.2)⁷.

Lo que motivó la reforma del artículo 38.1 LISMI, fue sin duda el más que frecuente incumplimiento de que era objeto. Esta nueva fórmula constituye un loable intento de aportar solución al problema, más aún teniendo en cuenta que la Ley 50/1998

⁷ La disposición adicional 1ª y única del RD. 27/2000 incorpora una serie de pautas para cuantificar la obligación de reserva.

modificó igualmente el artículo 27 de la 8/1988, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tipificando como falta grave el incumplimiento de la obligación de reserva de puestos de trabajo para minusválidos o de la aplicación de las medidas alternativas⁷⁶, aunque todavía es pronto para extraer conclusiones fundadas sobre su eficacia.

7.4.3. La actividad administrativa de fomento, concepto y clases

El concepto de fomento administrativo es definido por GARRIDO FALLA como *"aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente, ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen"*⁷⁷. Mediante este sistema la actuación administrativa, tendente siempre a alcanzar fines de utilidad general, pretende lograrlos sin limitar la libertad individual. No se trata de obligar a quienes integran el sector privado, sino de crear estímulos para que los agentes económicos cooperen voluntariamente.

Como expuso el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 1977, *"es una de las actividades de la Administración con tipicidad muy definida (...) mediante la cual la misma extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas a que éstos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan sustituidos por otras medidas tendentes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumpli-*

⁷⁶ Esta tipificación como falta grave aparece también en el artículo 15.3 del RD. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁷⁷ Fernando GARRIDO FALLA, "La actividad administrativa de fomento", en Tratado de Derecho administrativo (Volumen II), Tecnos, Madrid, 2002, p. 357 y ss.

⁷⁸ José María GIMENO FELIÚ, "La técnica de fomento del desarrollo económico: La subvención", En Derecho Administrativo Parte especial, Cit, p. 973 y ss.

*miento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones*⁷⁶.

Las técnicas de fomento resultan intercambiables entre sí y no se excluyen unas con otras. Esas múltiples modalidades que pueden revestir suelen clasificarse atendiendo a dos criterios: su forma de actuación sobre la voluntad individual y el tipo de ventajas que proporcionan.

Con respecto al primero, son positivos los medios que otorgan prestaciones, bienes o ventajas a favor del titular de la actividad o empresa que se procura estimular (subvenciones, beneficios fiscales...) y negativos los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar, por medios indirectos, aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que la Administración pretende fomentar, como sucede con los impuestos que gravan el consumo de alcohol y tabaco.

Desde la segunda perspectiva, las medidas de fomento pueden ser: honoríficas, concedidas como público reconocimiento a un acto o conducta considerado ejemplar (condecoraciones, títulos, trofeos, diplomas, etc.); económicas, que directa o indirectamente determinan una ventaja pecuniaria para el sujeto favorecido (subvenciones, premios, préstamos, exenciones fiscales...) y jurídicas, caracterizadas por el otorgamiento de medios jurídicos excepcionales (ser beneficiario de una expropiación forzosa...)⁷⁷.

7.4.3.1. Especial referencia al ámbito de las minusvalías

Junto a las clásicas subvenciones y ventajas fiscales destinadas a fomentar la contratación de minusválidos, un ejemplo paradigmático de medida incentivadora, que ya fue incorporado en la anterior Ley de contratos⁷⁸, aparece en la disposición adicional

⁷⁶ El problema de este tipo de medidas es que, en determinados casos y según su alcance, podrían atentar contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. José BERMEJO VERA, *Acción administrativa y potestades*, en *Derecho Administrativo Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 49 y ss.

octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Consiste en que *"Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación"*. El legislador considera que *"resulta conveniente y oportuno establecer criterios de preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de aquellas empresas licitadoras que, afectadas o no por la normativa legal en esta materia, demuestren una especial sensibilidad hacia el colectivo de personas discapacitadas"*, favoreciendo así indirectamente su contratación.

Esta medida, que únicamente se aplica a juicio de la entidad contratante, supone una interesante forma de favorecer a quienes voluntariamente han cumplido una norma tradicionalmente vulnerada y un poderoso aliciente pensando en su aplicación futura, sin que la Administración sufra con ello perjuicio alguno, pues la propuesta seleccionada deberá igualar en sus términos a la más ventajosa. Consiste en un criterio, adicional y optativo, para escoger entre varias alternativas igualmente válidas, que de convertirse en obligatorio podría constituir una garantía adicional de no arbitrariedad en el procedimiento de contratación pública.

* En su disposición adicional 8ª, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, dice textualmente que *"los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los"*

También favoreciendo la inserción laboral a través de incentivos, el Decreto 43/1998, de 2 de abril, que desarrolla la Ley canaria de 30 de marzo de 1987, comprende una fórmula más que interesante. Advierte de que con respecto a *"las empresas públicas o privadas que cuenten con más de 50 trabajadores fijos, para poder obtener subvenciones o avales de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, será mérito preferente acreditar que cumplen con la obligación establecida en el artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los minusválidos, de dar ocupación a trabajadores con minusvalía en porcentaje de un 2%, al menos, de la respectiva plantilla. Esta condición no podrá aplicarse cuando se trate de empresas sujetas a expediente de regulación de empleo"* (Art.8).

"Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias y los Organismos de ella dependientes señalarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares un mérito preferente de un 15% en la adjudicación de los contratos, para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación" (Art. 9.1).

"A estos efectos, las entidades referidas estarán exentas de depósito de fianzas o garantías para concurrir a contratación de gestión de servicios, suministros o asistencia, de acuerdo con lo que establece la legislación de contratación administrativa" (Art. 9.2).

CONCLUSIONES

1. Los derechos fundamentales no son ilimitados, pero sí lo suficientemente relevantes como para evaluar, aislada y detenidamente, cualquier intento de delimitación que pueda poner en peligro el contenido esencial de alguno de ellos.

2. El principio constitucional de igualdad, que junto a otros orienta nuestro sistema jurídico, no exige uniformidad absoluta en el tratamiento de todas las situaciones posibles. Por razones de interés general y justicia social resulta lícito tratar de manera distinta lo que es diferente.

3. Si discriminar consiste en proporcionar un trato menos favorable o perjudicar a determinadas personas o grupos sin que exista una justa causa admisible en derecho, por circunstancias que les son inherentes, basta con que ésta concorra para que el tratamiento distinto deje de considerarse discriminatorio.

4. A través de las acciones y discriminaciones positivas o inversas los miembros del colectivo favorecido gozan de un trato preferente que no se extiende al resto de la sociedad, pero ello no ocasiona efectos discriminatorios cuando la medida en sí, el alcance que tenga y su razón de ser obedezcan a criterios de razonabilidad objetivamente constatables.

5. Aunque en algunas sentencias el Tribunal Constitucional hace referencia a un supuesto "derecho a la igualdad" sin más, éste no resulta factible ni los poderes públicos están obligados a garantizarlo. Lo que dicho concepto jurídico supone es un principio

constitucional y un valor superior cuyo significado impregna todo el ordenamiento jurídico materializándose en derechos concretos, como los que existen a la igualdad ante la ley, a la igualdad de trato, a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos...

6. El artículo 23.2 CE. pretende garantizar una situación jurídica de igualdad entre los ciudadanos con respecto al acceso y permanencia en empleos y cargos públicos, proscribiendo el establecimiento de requisitos o exigencias que tengan carácter discriminatorio. No sólo resultan incompatibles con los artículos 14 y 23.2 CE. las leyes y reglamentos que directamente discriminan sino también otros que, sin comprenderlos de forma expresa, producen este tipo de efectos a los que se ha dado en llamar discriminaciones indirectas.

7. Aunque el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos sea de configuración legal, ese amplio margen de libertad con que cuenta el legislador para configurarlo no le autoriza a modificar su contenido esencial, ni a ocasionar resultados contrarios a los demás derechos, libertades y principios constitucionales.

8. Algunos de los preceptos que actualmente comprende la normativa reguladora del acceso a la función pública para los minusválidos impiden que éste se lleve a cabo en condiciones de igualdad material e incluso formal con los demás aspirantes, por lo que, considerando el carácter fundamental de este derecho, deberían ser reformados.

9. El hecho de que los discapacitados con minusvalía reconocida se vean obligados, si el órgano selectivo lo juzga conveniente, a superar un procedimiento selectivo adicional basado en confusos trámites burocráticos, resulta incompatible con el tenor literal del artículo 23.2 CE. Además cuando el artículo 103.3 CE. establece que la ley regulará "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad" da a entender que ambos aspectos deberán ser valorados proporcionalmente, lo que no

sucede si el candidato resulta excluido mediante un sistema que para nada valora su mérito y donde sólo la segunda es tomada en consideración.

10. Pretendiendo que la realización de las pruebas tenga lugar en condiciones de igualdad material, el legislador articula dos sistemas: reserva de plazas e introducción de las adaptaciones posibles de tiempo y medios; pero la escasa regulación específica existente al respecto traslada a cada órgano selectivo la facultad de decidir libremente si se aplican o no estas medidas, transformando su eficacia en más que dudosa.

11. Si el distinto nivel de exigencia cuando existe reserva de plazas pretende constituir una forma de discriminación positiva, destinada a compensar el esfuerzo adicional que supone para algunos minusválidos preparar la oposición y realizar las pruebas pertinentes, así como acceder a un puesto de trabajo en el mercado libre de empleo; pero al mismo tiempo se incorpora un sistema de selección complementario, que rechaza a quienes en mayor medida encuentran tales dificultades, la supuesta ventaja desaparece para los discapacitados con limitaciones serias, beneficiando quizá en exceso a los que, pese a padecer una minusvalía igual o superior al 33 %, podrían opositar en igualdad de condiciones con los participantes en el turno libre. Viéndose afectadas por la falta de dedos en un pie o mano, impotencia sexual, un infarto de miocardio más o menos superado, lumbalgia crónica, pérdida de visión en un ojo o de audición en un oído..., actualmente estas personas no sólo cuentan con plazas reservadas sino también con la potencial exclusión de parte de la competencia.

12. La expresión "adaptaciones posibles de tiempo y medios", cuya conveniencia no me permito poner en duda, sirve a menudo para justificar vulneraciones flagrantes del derecho fundamental cuyo estudio nos ocupa; debido muy probablemente a que lo más sencillo es no proporcionarlas so pretexto de su imposibilidad (a menudo esta depende de la dedicación, interés y

pericia con que se realizan los ajustes necesarios), a que el opositor (o aspirante a cubrir una interinidad) no cuenta con la posibilidad de saber si dispondrá de ellas hasta que el daño resulta irreparable y a que no suele quedar constancia escrita de tales negativas.

Pensando en futuras regulaciones normativas, dado que el primer y a mi entender uno de los principales escollos que encuentran los aspirantes con minusvalía elevada consiste en tener que preparar las pruebas de acceso ignorando si les estará o no permitido participar en ellas y ocupar la plaza en caso de haberlas superado satisfactoriamente, toda propuesta de solución coherente, que pretenda ser compatible con los artículos 14 y 23.2 CE. debe optar por suprimir cualquier precepto que imponga o autorice la solicitud de informes excluyentes, tanto si tienen carácter previo como si son simultáneos o posteriores al proceso selectivo.

Las personas minusválidas que intentan acceder a puestos de trabajo en administraciones públicas sin reserva de plazas o cuando el nivel de exigencia, en caso de que ésta exista y opten por ella, vaya a resultar semejante al de los participantes en el turno libre, deberían admitirse en la realización de las pruebas, cursos de formación y periodos de prácticas sin necesidad de acreditar su capacidad documentalente. Lo lógico sería que, al participar en condiciones formalmente idénticas al resto, sólo se vieran obligados a hacerlo una vez superado todo el proceso y de la misma forma que los demás aprobados.

Siempre y cuando el contenido de las pruebas se adapte suficientemente al de las funciones propias del puesto a desempeñar, cabrá presumir que quienes las superen con mejor puntuación serán los candidatos más idóneos, así como que realizarán sus tareas con profesionalidad y diligencia, independientemente de cual sea su sexo, condición de minusválido o no, raza, origen, religión, vecindad civil... En previsión de que este sistema falle (lo que a mi entender resulta muy poco probable), al igual que las leyes ya articulan fórmulas para excluir del servicio público a los funciona-

pericia con que se realizan los ajustes necesarios), a que el opositor (o aspirante a cubrir una interinidad) no cuenta con la posibilidad de saber si dispondrá de ellas hasta que el daño resulta irreparable y a que no suele quedar constancia escrita de tales negativas.

Pensando en futuras regulaciones normativas, dado que el primer y a mi entender uno de los principales escollos que encuentran los aspirantes con minusvalía elevada consiste en tener que preparar las pruebas de acceso ignorando si les estará o no permitido participar en ellas y ocupar la plaza en caso de haberlas superado satisfactoriamente, toda propuesta de solución coherente, que pretenda ser compatible con los artículos 14 y 23.2 CE. debe optar por suprimir cualquier precepto que imponga o autorice la solicitud de informes excluyentes, tanto si tienen carácter previo como si son simultáneos o posteriores al proceso selectivo.

Las personas minusválidas que intentan acceder a puestos de trabajo en administraciones públicas sin reserva de plazas o cuando el nivel de exigencia, en caso de que ésta exista y opten por ella, vaya a resultar semejante al de los participantes en el turno libre, deberían admitirse en la realización de las pruebas, cursos de formación y periodos de prácticas sin necesidad de acreditar su capacidad documentalente. Lo lógico sería que, al participar en condiciones formalmente idénticas al resto, sólo se vieran obligados a hacerlo una vez superado todo el proceso y de la misma forma que los demás aprobados.

Siempre y cuando el contenido de las pruebas se adapte suficientemente al de las funciones propias del puesto a desempeñar, cabrá presumir que quienes las superen con mejor puntuación serán los candidatos más idóneos, así como que realizarán sus tareas con profesionalidad y diligencia, independientemente de cual sea su sexo, condición de minusválido o no, raza, origen, religión, vecindad civil... En previsión de que este sistema falle (lo que a mi entender resulta muy poco probable), al igual que las leyes ya articulan fórmulas para excluir del servicio público a los funciona-

evitar que las minusvalías se conviertan en un modo de obtener ventajas adicionales y una vez superadas todas las pruebas, pensando en las adaptaciones del puesto de trabajo o en optimizar el rendimiento profesional de quien vaya a desempeñarlo. Considerando que el principal experto en cada minusvalía suele ser siempre el propio afectado, lo más rápido, lógico, sencillo y en la práctica habitual pese a que ningún precepto comprende esta posibilidad, consiste en formularle directamente a él las cuestiones que su participación o presencia suscite. Pero dichos dictámenes evitarían en gran medida la picaresca de quienes piden más de lo que precisan o trabajan menos de lo que pueden, perjudicando a la entidad contratante y dañando más aún la deteriorada imagen profesional del heterogéneo colectivo en que son ubicados.

Otro aspecto cuya regulación específica podría eliminar serias dificultades es el de las "adaptaciones posibles de tiempo y medios" en pruebas de acceso. Dado que los órganos selectivos sólo están obligados a proporcionar aquellas que consideren factibles, sin tener por que informar expresamente a los interesados sobre su decisión, éstos pueden acudir al examen ignorando si dispondrán o no de los medios precisos. Para evitar las incómodas situaciones que del citado vacío normativo se derivan, bastaría con que los artículos donde aparece esta posibilidad contuvieran un nuevo párrafo destinado a establecer dos obligaciones: Para el particular la de solicitarlas por escrito en el momento de presentar la instancia y para el ente seleccionador la de responder, afirmativa o negativamente (en tal caso alegando razones) durante un plazo preestablecido.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991.
- AAVV. *Libro homenaje al profesor José Luis VILLAR PALASI*, Civitas, Madrid, 1989.
- AAVV. *Introducción a los Derechos fundamentales*, X jornadas de estudio, Dirección general del servicio jurídico del Estado, Ministerio de justicia, Madrid, 1988.
- AAVV. *Memento práctico Administrativo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2003.
- AAVV. *Recurso de amparo, cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial europea*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.
- AAVV. *El principio de igualdad en la Constitución española*, XI jornadas de estudio, Madrid, 1991.
- AAVV. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- AAVV. *Discapacidad y trabajo en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.
- AAVV. *Los discapacitados y su protección jurídica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- AAVV. *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Ediciones ICAI, Madrid, 1984.
- AAVV. *La integración social de los minusválidos. Balance después de diez años de vigencia de la Ley 13/1982*, Escuela Libre editorial, Madrid, 1993.
- AAVV. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993.
- ALONSO GARCÍA Ricardo, *Derecho comunitario, derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.
- ALONSO OLEA Manuel y TORTUERO PLAZA José Luis, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2002.

- ÁLVAREZ ALCOLEA Manuel y DE VAL TENA Ángel Luis, *Manual de Derecho de la Protección Social*, Laborum, Murcia, 2003.
- Derecho de la Protección Social*, Kronos, Zaragoza, 2004.
- ÁLVAREZ CONDE Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- ALZAGA VILLAMIL Oscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1984.
- ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS Joaquín, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- ARROYO YANES Luis Miguel, *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ARTOLA Miguel, *Los Derechos del hombre*, Alianza, Madrid, 1986.
- ASTARLOA VILLENA, *El Defensor del Pueblo en España*, Universitat de les Illes Balears, 1994.
- BACIGALUPO Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BALAGUER CALLEJÓN María Luisa, *El recurso de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- El derecho fundamental al honor*, Temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, 1992.
- BARRERE UNZUETA M. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- BARRERO Abraham, "Sobre la libertad religiosa en la historia constitucional española", en REDC. Num.61, 2001.
- BASTERRA MONTSERRAT Daniel, *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.
- BASTIDA FREIJEDO Francisco J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ Ignacio, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- BELTRÁN DE FELIPE Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BERMEJO VERA José, "El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural", Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005.
- Derecho Administrativo Básico*, Egido, Zaragoza, 2002.
- Derecho Administrativo Parte especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- Derecho Administrativo (Parte general)*, Kronos, Zaragoza, 1993.
- BLANCO MARTÍN José María, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

- BLASCO LAHOZ José Francisco, LÓPEZ GANDÍA Juan y MOMPALER BOBBIO Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- CANO MATA Antonio, *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Revista de derecho privado, Madrid, 1983.
- CANTERO MARTÍNEZ Josefa, *El empleo público: Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- CARRASCO M^a Ángeles, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002.
- CARRETERO SÁNCHEZ Santiago, "Comentario a la Sentencia 126/1997, de 3 de julio: Títulos nobiliarios, principio de igualdad y discriminación por sexo", en Actualidad administrativa, Num. 30, 1998.
- CARRILLO Marc, *El Derecho a no ser Molestado. Información y vida privada*, Aranzadi, Navarra, 2003.
- CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, *Textos Básicos del Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 1973.
- CASCAJO CASTRO José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1988.
- CHUECA SANCHO Ángel, *Los Derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1999.
- COBO DEL ROSAL Manuel, *Libertad de expresión y Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985.
- COLOMER VIADEL Antonio, *El sistema político de la Constitución española de 1837*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1989.
- DE COSSIO Manuel, *Derecho al honor, técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 1993.
- CREMADES Javier, *Los límites de la Libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La ley-actualidad, Madrid, 1995.
- DARANAS PELAÉZ Mariano, *Las Constituciones Europeas*, Editora Nacional, Madrid, 1979.
- DESDENTADO DAROCA Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997.
- Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- DWORKIN Ronald, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.
- Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- EMBED IRUJO Antonio, *Derecho público aragonés*, Dykinson, Madrid, 2000.
- DE ESTEBAN Jorge, *Las constituciones de España*, Textos auxiliares, Taurus, Madrid, 1988.

- ESTRADA ALONSO Eduardo, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988.
- FARIÑAS MATONI Luis M. *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983.
- FELIÚ REY Manuel Ignacio, *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ FARRERES Germán, *El Recurso de Amparo según la Jurisprudencia Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR Alfonso, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Civitas, Madrid, 1991.
- "La administración del Estado a lo largo del Siglo XX", en REDA. Num.109, 2001.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ Tomás Ramón y SANTAMARÍA Juan Alfonso, *Legislación administrativa española del Siglo XIX*, Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1977.
- FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 2000.
- *Las constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986.
- FERNÁNDEZ TOMÁS Antonio, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FERNANDO PABLO Marcos M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.
- FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- FIAREN GUILLÉN Victor, *El Defensor del Pueblo Ombudsman*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1982.
- FOSSAS ESPADALER Enric, *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- GARCÉS SANAGUSTÍN Ángel, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983.
- *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA FERRER Juan José, *El Política, su honor y vida privada*, Edisofer S.L. Madrid, 1998.
- GARCÍA GONZÁLEZ M^o Nieves y HERNÁNDEZ SANZ José Enrique, *Relaciones de empleo, trabajo y seguridad social en el sector público*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GARCÍA MORILLO Joaquín, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
- GARCÍA RUIZ José Luis, "El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico", en REDC. Num. 55, 1999.
- GARCÍA SAN MIGUEL Luis, *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.
- GARRIDO FALLA Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.
- Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2001.
- GAVARA DE CARA Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994.
- GENEROSO HERMOSO Flor, *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Dykinson, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ Rossana, *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes*, Universidad de Granada, Granada, 1998.
- GONZÁLEZ MORENO Beatriz, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.
- La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Civitas, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ RIVAS Juan José, *Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los Derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1992.
- GORDILLO CAÑAS Antonio, *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.
- GROS ESPIELL Hector, *Estudios sobre Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1988.
- HEREDIA PUENTE Mercedes y FÁBREGA RUIZ Cristóbal, *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998.

- HERRERO TEJEDOR Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.
- IGARTUA SALAVERRÍA Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ ASENSIO Rafael, *Políticas de selección de la función pública española (1808-1978)*, Instituto nacional de administración pública, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ GLUCK David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad, Tirant lo blanch*, Valencia, 1999.
- LASARTE ÁLVAREZ Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Trivium, Madrid, 2000.
- LEÑA FERNÁNDEZ Rafael, *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios notariales de España, Madrid, 1997.
- LÓPEZ PEÑA Antonio, *La garantía constitucional de los Derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.
- LORCA NAVARRETE José E. *Derechos humanos y jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1994.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los Derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1996.
- LOZANO Blanca, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- LUCAS MURILLO Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MALDONADO MOLINA Juan Antonio, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARCOS OYARZUN Francisco Javier, *Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional*, Bayer Hnos, Barcelona, 2002.
- MARTÍN CUBAS Joaquín, "El concepto de "igualdad" en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en REDC, Num.53, 1998.
- MARTÍN RETORTILLO Lorenzo y DE OTTO Y PARDO Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MARTINEZ DE PISÓN APARICIO Íñigo, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ PUJAITE Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.
- MOLINA GARCÍA Mónica, *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000.
- MONEREO PÉREZ José Luis y VIDA SORIA José, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

- HERRERO TEJEDOR Fernando, *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990.
- IGARTUA SALAVERRÍA Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ ASENSIO Rafael, *Políticas de selección de la función pública española (1808-1978)*, Instituto nacional de administración pública, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ GLUCK David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad, Tirant lo blanch*, Valencia, 1999.
- LASARTE ÁLVAREZ Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Trivium, Madrid, 2000.
- LEÑA FERNÁNDEZ Rafael, *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios notariales de España, Madrid, 1997.
- LÓPEZ PEÑA Antonio, *La garantía constitucional de los Derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.
- LORCA NAVARRETE José E. *Derechos humanos y jurisprudencia*, Pirámide, Madrid, 1994.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los Derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1996.
- LOZANO Blanca, *La libertad de cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- LUCAS MURILLO Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- MALDONADO MOLINA Juan Antonio, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARCOS OYARZUN Francisco Javier, *Los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional*, Bayer Hnos, Barcelona, 2002.
- MARTÍN CUBAS Joaquín, "El concepto de "igualdad" en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en REDC, Num.53, 1998.
- MARTÍN RETORTILLO Lorenzo y DE OTTO Y PARDO Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- MARTINEZ DE PISÓN APARICIO Íñigo, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ PUJAITE Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1997.
- MOLINA GARCÍA Mónica, *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000.
- MONEREO PÉREZ José Luis y VIDA SORIA José, *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991.

- PREDIERI Alberto y GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1988.
- PRIETO SANCHÍS Luis, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- PUERTA SEGUIDO Francisco, *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
- PUIG FERRIOL Lluís y otros, *Manual de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- PULIDO QUECEDO Manuel, *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Civitas, Madrid, 1992.
- RAMOS CHAPARRO Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- RIVERO ORTEGA Ricardo, "Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional", en RAP. Num.151, 2000.
- El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- ROMEO CASABONA Carlos M. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMERO RÓDENAS M^o José, *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibídem ediciones, Madrid, 1998.
- RUANO RODRÍGUEZ Lucía, *Constitución, función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- RUBIO LLORENTE Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- RUIZ GARCÍA José Ramón, *Secreto bancario y Hacienda Pública*, Civitas, Madrid, 1988.
- SAINZ MORENO Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SALADO OSUNA Ana, *Textos básicos de Naciones Unidas*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997.
- SÁNCHEZ AGESTA Luis, *Historia del constitucionalismo español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1978.
- SÁNCHEZ-CERVERA José Manuel, *Los trabajadores discapacitados*, CISS, Valencia, 2000.
- SÁNCHEZ FERRIZ Remedio, *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch alternativa, Valencia, 1995.

- SÁNCHEZ MORÓN Miguel, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2001.
- SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso y otros, *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Carperi, Madrid, 1993.
- SEVILLA ANDRÉS Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editora nacional, Madrid, 1969.
- SOLÉ TURÁ Jordi y AJA Eliseo, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Siglo XXI, Madrid, 1992.
- SOLOZABAL ECHEVARRÍA, "Los Derechos fundamentales en la Constitución española", *Revista de estudios políticos*, Num. 105, 1999.
- SUAY RINCÓN José, *La Ley 4/1999 de Procedimiento Administrativo*, Colex, Madrid, 2000.
- El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de estudios de Administración local, Madrid, 1985.
- TARDIO PATO José Antonio, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.
- TOLIVAR ALAS Leopoldo, *Las libertades lingüísticas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
- TOMÁS VILLAROYA Joaquín, *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1989.
- TRAYTER JIMÉNEZ Juan Manuel, *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- TRUYOL Y SERRA Antonio, *Los Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2000.
- TUÑÓN DE LARA Manuel, *Estudios sobre el siglo XIX español*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 1971.
- VARELA SUANZES Joaquín, *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998.
- DE LA VILLA GIL Luis Enrique, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VILLÁN DURÁN Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.
- WEBER Albrecht, "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *REDC*, Num.64, 2002.

15. El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración, tres responsabilidades municipales.
José Luis Calvo Miranda
16. Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.
Gabriel García Cantero (Coordinador)
17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730).
Manuel Gómez de Valenzuela
18. La responsabilidad penal del menor.
Carmen Samanes Ara (Coordinadora)
19. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego. (1428-1895).
Manuel Gómez de Valenzuela
20. Capitulaciones matrimoniales de Jaca. (1420-1791).
Manuel Gómez de Valenzuela
21. Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés (1997-2002).
J. Rodríguez, C. Maynar, R. Melús, S. Ruiz, J. Martínez, V. Loyed, D. Lizaso, A. Annes, V. Viñola
22. Derecho municipal aragonés.
Manuel Gómez de Valenzuela
23. La alera foral de pastos en Aragón.
*Ignacio Pérez-Soba Díez del Carral
Miguel Ángel Sold Martín*
24. La acción administrativa de protección y reforma de monjes en Aragón.
Luis Murillo Jaso
25. Notarios, Artistas, Artesanos y otros trabajadores aragoneses.
Manuel Gómez de Valenzuela
26. Régimen Jurídico de los Regadíos. Infraestructuras, gestión y aprovechamiento. Especial referencia a Aragón.
José Luis Castellano Prats
27. Anotaciones españolas al proyecto de Pavia.
Gabriel García Cantero y otros,
28. El nuevo Justicia y la protección de los ciudadanos en Aragón.
M^a Carmen Lumbreras Subías
29. Léxico del Derecho Aragonés.
José Ignacio López Susín
30. Capitulaciones Matrimoniales del Somontano de Huesca (1457-1789).
Manuel Gómez de Valenzuela



EL JUSTICIA DE ARAGÓN