

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5822-2011.

Con el mayor respeto a la opinión de mis compañeros, discrepo del razonamiento vertido en esta Sentencia y, en consecuencia, de su Fallo pues considero, por las razones que sucintamente expondré a continuación, que ni resulta de aplicación en este caso el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, ni el canon por ella aplicado se corresponde en modo alguno con el establecido por la doctrina de este Tribunal para el derecho fundamental al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad lo que, en mi opinión, debe llevar a la desestimación de este recurso de amparo.

Entiendo, y en esto coincido con la sentencia, que el derecho a acceder en condiciones de igualdad al cargo de Rector de una Universidad pública no forma parte del derecho fundamental que consagra el art. 23.2 CE en su faceta de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, pues la noción constitucional de cargo público, reflejo directo del derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1 CE), debe limitarse, y así lo tiene afirmado este Tribunal desde la STC 23/1984, de 20 de febrero, a los cargos electivos de representación política de los entes territoriales, esto es, los que corresponden al Estado y los entes en los que este se organiza.

Hasta aquí mi coincidencia con el parecer de la mayoría pues considero, en contra de lo afirmado por la Sentencia, que el acceso en condiciones de igualdad al cargo de Rector de una Universidad pública no forma parte del derecho fundamental del art. 23.2 CE de acceso a las funciones públicas, sencillamente, porque este derecho fundamental de igualdad se ciñe al acceso o incorporación a la función pública, a la promoción y a la provisión de los diversos puestos funcionariales en que ésta se estructura, esto es, a la carrera administrativa, al encontrarse inmediatamente relacionado con el principio de mérito y capacidad del art. 103.3 CE que rige, aunque con diferente rigor, tanto el acceso a la función pública como la carrera administrativa de los funcionarios públicos.

La doctrina constitucional ha ido perfilando el concepto constitucional de "funciones públicas" a los efectos de determinar la existencia del citado derecho fundamental. Si bien es verdad que inicialmente el derecho consagrado en el art. 23.2 CE se movía en un marco de indefinición, con posteridad este Tribunal ha elaborado un cuerpo de doctrina de la que la sentencia, sin duda, se aparta con argumentos que no puedo compartir. En efecto, la STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 6, no delimitó el concepto de funciones públicas pues daba por sobreentendido que el art. 23.2 CE comprende el acceso a los puestos de Director de los centros públicos elegidos por la comunidad escolar, sin que sea posible extraer de la misma, el

criterio utilizado para llegar a la conclusión mencionada. Esta sentencia se limitaba a señalar que "en efecto, enfocado el problema constitucional desde este ángulo, la prohibición a los Profesores de Religión de presentarse como candidatos al cargo de Director del Centro no podría considerarse como discriminatoria, puesto que, como observa el Ministerio Fiscal, el art. 23.2 de la Constitución no confiere a ningún ciudadano el derecho a ocupar determinadas funciones y cargos públicos y no impide, antes bien prevé expresamente, que puedan establecerse en cada caso ciertos requisitos para acceder a los mismos. Estos requisitos, sin embargo, por imperativo del principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución, que el propio art. 23.2 especifica, han de tener una justificación objetiva y razonable, pues lo que este último precepto ordena es que no se produzcan acepciones o pretericiones ad personam en el acceso a las funciones públicas (SSTC 8/1985, 148/1986 y 18/1987)".

La misma indefinición en torno al concepto constitucional de funciones públicas se puede apreciar en la STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ 6, en la que estaba en cuestión si los Estatutos universitarios habían vulnerado el derecho fundamental de los estudiantes, que no de los profesores como afirma la sentencia, a acceder en condiciones de igualdad al Claustro universitario. La STC 217/1992, de 1 de diciembre, se limitó entonces a señalar que "aun aceptando que los miembros claustrales desempeñan cargos o funciones públicas", lo cual más que una afirmación expresa de la aplicación del citado derecho constitucional constituía una mera hipótesis, se trataba de un derecho de configuración legal.

Sin embargo, la STC 212/1993, de 28 de junio, FJ 4, una vez configurado el derecho fundamental del art. 23.2 CE como un derecho de igualdad y de configuración legal, dio un paso más en su definición entendiendo que ello requería determinar el concepto de funciones públicas. La noción constitucional de "funciones públicas" aparece ya nítidamente definida, precisamente con ocasión del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la condición de miembro de la Junta de una Facultad universitaria. En ella no sólo concluimos que no existía un derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos sino, además, que no existía un derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas pues "no está implicado ni el acceso a la función pública, ni el desarrollo o promoción de la carrera administrativa".

Ciertamente no es equiparable, por su relevancia pública, la condición de miembro de la Junta de Facultad a la condición de Rector, pero las mismas razones que asisten para la exclusión del cargo de miembro de la Junta de Facultad del concepto constitucional de funciones públicas son predicables del cargo de Rector, sin que la condición de máxima autoridad académica de la Universidad que le atribuye el art. 20.1 LOU añada modulación alguna respecto de la noción constitucional de funciones públicas, pues el cargo de Rector, como la condición de miembro claustral o de la Junta de Facultad, no forma parte de la carrera administrativa.

Reiteramos esta conclusión en la STC 80/1994, de 14 de marzo, FJ 3, en la que, afirmamos que el art. 23.2 CE garantiza el derecho al igual acceso a la función pública, es decir, la posibilidad de acceder a puestos funcionariales en la Administración Pública, para todos los ciudadanos sin discriminación y que éstas se funden en criterios de mérito y

capacidad, pero no permite entender que el contenido de este derecho fundamental comprenda el acceso a los denominados cargos funcionariales que, en sí mismos, ni tan siquiera forman parte de la relación funcional en sentido estricto, esto es, aquellos puestos que no forman parte de la carrera administrativa de los funcionarios públicos. No por casualidad se trataba de un cargo funcional, Secretario del centro público, en la administración educativa no universitaria en la que los funcionarios, por designación o por elección asumen, además, funciones o cargos ajenos al puesto funcional que desempeñan.

Pues bien, si el concepto constitucional de funciones públicas hasta aquí expuesto se había mantenido inalterado hasta ahora y limitado al acceso a los puestos funcionariales, la Sentencia de la que discrepo lo ha ampliado a aquellas funciones públicas que no forman parte, en términos estrictos, de la carrera profesional de los funcionarios, eliminando la relación que debe existir entre el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública consagrado en el art. 103.3 CE. El cargo de Rector, aunque al servicio de la Administración universitaria, no es un puesto funcional, no forma parte de la carrera administrativa de los Catedráticos de Universidad y tampoco se provee de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sino por la única voluntad de quienes tienen la competencia para elegirlo, en este caso, la comunidad universitaria que libremente decide el candidato que estime, por los motivos que considere oportunos, más idóneo para el cargo, lo cual debe conllevar su exclusión del derecho fundamental del art. 23.2 CE.

No es óbice para lo afirmado que se exijan, como requisito previo, determinadas condiciones con las que se pretende garantizar la competencia, experiencia y solvencia profesional de quienes están llamados a desempeñar cargos que no pertenecen, estricto sensu, a la carrera administrativa. Si la exigencia de la pertenencia a un cuerpo funcional como requisito previo para poder desempeñar cargos en la Administración determinara que las funciones a ellos atribuidas son funciones públicas a efectos del derecho fundamental con independencia de que el cargo se provea conforme a requisitos de mérito y capacidad o por la voluntad de quien ha de elegirlo, habría que extender la aplicación del derecho consagrado en el art. 23.2 CE a todos aquellos cargos de la Administración para los que, aunque no forman parte de la carrera administrativa de los funcionarios, se exige la pertenencia previa a un cuerpo de funcionarios. Y los ejemplos no son pocos en la legalidad ordinaria pues este requisito se exige, por citar algunos cargos funcionariales, a los Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales del Estado y a otros altos cargos de los municipios de gran población. Y esta es, sin duda, una conclusión inaceptable a partir de la interpretación que este Tribunal ha realizado del art. 23.2 CE en su vertiente de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas; tal como se ha recogido en las sentencias citadas.

Creo, finalmente, que la Sentencia ha transformado el contenido del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas que consagra el art. 23.2 CE en un derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a las funciones públicas sin tener en cuenta si la interpretación que de la normativa estatutaria ha realizado el Tribunal ha provocado, en realidad, una diferencia de trato entre los candidatos necesaria para la vulneración de esta dimensión interna y específica del derecho fundamental

(por todas SSTC 115/1996, FJ 4; , 30/2008, FJ 6). No debe olvidarse que el art. 23.2 CE, especificación del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE, comprende el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, el derecho a la igualdad en la ley por lo que las normas que rigen estos procedimientos han de asegurar una situación jurídica de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a las funciones públicas con la interdicción de requisitos que tengan carácter discriminatorio, y, finalmente el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, de tal modo 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 (por todas ST 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3). Argumenta la sentencia que la aplicación realizada por el Tribunal de los requisitos establecidos por los Estatutos universitarios limitando el acceso al cargo de Rector debe ser la más favorable a la efectividad del derecho fundamental , y que como quiera que no ha sido así se ha dispensado un trato contrario al principio de igualdad en relación con aquellas personas que, tras el pronunciamiento judicial en este caso, si podían concurrir como candidatos a las elecciones. Como antes ya señalé, para que exista vulneración del derecho fundamental, es necesario que la infracción de la legalidad, en este caso la lesión que se hubiera podido producir por la interpretación de la norma que ha realizado el Tribunal, haya causado, además, una situación de verdadera desigualdad entre los candidatos que no cabe presumir, como hace la Sentencia. Antes al contrario, considero que no se ha producido una diferencia de trato entre los candidatos (STC 353/1993, FJ 6) en la aplicación de la norma estatutaria que establece la limitación de mandatos, pues no cabe hablar de trato diferenciado cuando no existe término de comparación, ya que de todos los aspirantes al cargo de Rector, el demandante de amparo era el único al que podía resultar aplicable la norma estatutaria.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, veintinueve de octubre de dos mil doce.

ES COPIA

