

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14596 *Sala Segunda. Sentencia 192/2012, de 29 de octubre de 2012. Recurso de amparo 5822-2011. Promovido por don Pedro González-Trevijano Sánchez en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anuló la proclamación de su candidatura al cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos. Vulneración del derecho a acceder a las funciones públicas: resolución judicial que procede a una interpretación extensiva de la causa de inelegibilidad establecida en los estatutos de la Universidad. Voto particular.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Ramón Rodríguez Arribas, Presidente, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y doña Encarnación Roca Trías, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5822-2011, promovido por don Pedro González-Trevijano Sánchez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cermeño Roco y asistido por el Abogado don Ramón Entrena Cuesta, contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaída el 3 de junio de 2011 en el rollo de apelación núm. 160-2011 y contra el Auto de 7 de octubre de 2011 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla. Han sido parte la Universidad Rey Juan Carlos representada por el Procurador don Ignacio Aguilar Fernández y asistida por el Abogado don José María González Bustillo, y don David Ríos Insua representado por la Procuradora doña Myrian González Fernández y asistido por el Letrado señor Codina Vallverdú. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 27 de octubre de 2011, la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Cermeño Roco, actuando en nombre y representación de don Pedro González-Trevijano Sánchez, interpuso recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los fundamentos de hecho de la demanda son los siguientes:

a) Por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Universidad Rey Juan Carlos de 23 de octubre de 2009 se convocaron elecciones a Rector, a celebrar el 26 de noviembre de 2009, siendo tres los candidatos presentados, entre los cuales se hallaba el demandante de amparo.

b) El también candidato don David Ríos Insua —quien se ha personado como parte en el presente proceso— presentó el 13 de noviembre de 2009 un escrito oponiéndose a la proclamación de la candidatura del señor González-Trevijano, al considerar que el ahora demandante de amparo no podía presentarse a las elecciones,

por impedirlo el art. 77.3 de los estatutos de la Universidad, con arreglo al cual: «El mandato del Rector tendrá una duración de cuatro años. Sólo podrá ser removido por el Claustro y en la forma establecida por estos Estatutos. Únicamente podrá presentar de nuevo su candidatura a las elecciones a Rector una sola vez consecutiva.»

El impugnante alegaba que don Pedro González-Trevijano Sánchez fue nombrado Rector-Presidente de la Universidad Juan Carlos tras resultar elegido en las elecciones al claustro constituyente convocadas por Decreto 84/2002, de 16 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, manteniéndose en el cargo tras la entrada en vigor de los estatutos de la Universidad aprobados en virtud del Decreto 22/2003, de 27 de febrero, de la misma Consejería, hasta que, agotado el mandato, se procedió a la celebración de nuevas elecciones, ajustadas a los dispuesto en los citados estatutos. Celebradas las mismas, don Pedro González-Trevijano Sánchez resultó elegido y, consiguientemente, nombrado Rector (Decreto 134/2005, de 29 de diciembre). Con ello el señor González-Trevijano habría ejercido el cargo de Rector durante dos mandatos, habiendo quedado incurso, en relación con las elecciones convocadas para el 26 de noviembre de 2009, en la prohibición de reelección prevista en el art. 77.3 de los estatutos.

c) La impugnación fue rechazada por resolución de la Junta Electoral Central de la Universidad recaída el 13 de noviembre 2009; y el 16 de noviembre de 2009 procedió a la proclamación definitiva de los tres candidatos presentados.

d) El señor Ríos Insua interpuso recurso contencioso-administrativo contra las mencionadas resoluciones de la Junta Electoral Central de la Universidad de 13 y 16 de noviembre de 2009 en cuanto habían acordado, respectivamente, la proclamación provisional y definitiva de don Pedro González-Trevijano Sánchez como candidato a las elecciones rectorales.

e) Habiendo correspondido el conocimiento del recurso al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid, por Sentencia de 10 de enero de 2011 procedió a su desestimación.

La Sentencia, tras exponer la normativa aplicable, fundamenta la desestimación del recurso en consideración, en primer lugar, a que sólo desde que se aprobaron los estatutos de la Universidad puede entenderse válida la restricción de mandatos que en los mismos se contempla, en tanto en cuanto es una restricción a los derechos individuales, en concreto al derecho de acceso a un puesto público encuadrable en el art. 23.2 CE. Añade la Sentencia que planteada la cuestión en el ámbito de la protección de un derecho fundamental —el de los candidatos posibles al acceso a los cargos y funciones públicas— las interpretaciones que se hagan en relación con el mismo deben serlo siempre, en caso de controversia interpretativa, en el terreno más próximo a permitir el máximo ejercicio de los mismos y, por tanto, utilizando un criterio restrictivo para interpretar y aplicar las eventuales aplicaciones que limiten el ejercicio. Desde este punto de vista y considerando válida la limitación de mandatos, estima evidente que el primer criterio que debe aplicarse a la resolución de la controversia es el de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acceso y la más restrictiva en la aplicación de las medidas limitadoras de su ejercicio.

En segundo término, en atención al principio de irretroactividad contenido en los arts. 9.3 CE y 2.3 del Código civil, se afirma que la interpretación que propuso la parte recurrente debe considerarse proscrita en el marco constitucional y jurisprudencial, porque recae sobre una prohibición o restricción, computando los mandatos realizados cuando la norma que impone la limitación de los mismos no estaba vigente. Se añade que si en el ejercicio de la autonomía universitaria se hubiese querido establecer una forma de cómputo como la propuesta debería haberse hecho de forma expresa, y sin embargo, no se hizo.

f) Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación, correspondiendo su resolución a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, mediante Sentencia de 3 de junio de 2011 (rollo de apelación núm. 160-2011), procedió a su estimación, anulando la proclamación de la

candidatura del demandante de amparo y ordenando retrotraer el proceso electoral al momento inmediato anterior al de la proclamación provisional de los candidatos.

La Sentencia consideró que el demandante de amparo no reunía los requisitos exigidos en los estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos para poder presentarse a una nueva reelección ya que «la limitación de presentación de candidatura establecida en el art. 77.3 de los Estatutos es aplicable al codemandado en cuanto Rector elegido en virtud de las elecciones convocadas por el Decreto 84/2002, puesto que tales Estatutos vienen a asumir el mandato en curso a su entrada en vigor, como el primero de los mandatos permitidos en dicha previsión normativa estatutaria, tal y como resulta de la citada Disposición Transitoria Segunda en la que se opta por una de las dos únicas posibilidades previstas en la Disposición Transitoria Segunda punto tres de la LO. 6/2001». Añadiendo que «es evidente que los Estatutos ponen énfasis en la limitación de los mandatos del Rector, y la consecuencia lógica de esta previsión es la toma en consideración del mandato iniciado antes de la publicación de los Estatutos, pero en desarrollo estando ya vigentes aquéllos, para computarlo como mandato estatutario».

Se afirma también en la Sentencia la inaplicabilidad del art. 23.2 CE al supuesto enjuiciado, puesto que «el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el art. 23.2 interpretado en conexión con el art. 23.1 ... se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponde al Estado y a los entes territoriales en que se organiza».

Por último, la Sentencia rechaza que al interpretarse el art. 77.3 *in fine* de los estatutos en el modo en que lo hace el propio órgano judicial, se esté ante una aplicación retroactiva del precepto puesto que «solo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y “afecta a situaciones agotadas”, ya que lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenece al campo estricto de la retroactividad».

g) Frente a la anterior Sentencia formuló el demandante de amparo un incidente de nulidad de actuaciones, aduciendo la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) —por incongruencia omisiva así como por motivación irracional y arbitraria— en relación con el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y con el derecho a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE). La pretensión anulatoria fue desestimada mediante Auto de 7 de octubre de 2011, que reitera los razonamientos contenidos en la Sentencia de 3 de junio de 2011.

3. En la demanda presentada ante este Tribunal Constitucional el recurrente en amparo sostiene que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE).

El demandante vincula la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo [art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] a que el mismo plantea un problema o alude a una faceta del art. 23.2 CE sobre la que no existe por el momento un pronunciamiento directo, claro y terminante de este Tribunal, cual es si los cargos públicos electivos por sufragio universal de los miembros de las comunidades universitarias, en particular el de rector, entran o no en el radio de protección que dispensa el art. 23.2 CE. Se añade en la demanda que la especial trascendencia constitucional del recurso se manifiesta también en que aborda una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social, pues en la medida que la vulneración constitucional denunciada conlleva la anulación del acto de proclamación de la candidatura a rector y la retroacción de las actuaciones al momento mismo de esa proclamación, se provoca una situación de muy difícil, por no decir imposible, desenlace, con evidente y manifiesta repercusión social, por cuanto afecta a la estabilidad y buen gobierno de una institución pública.

Tras examinar diversos pronunciamientos de este Tribunal, comienza el demandante admitiendo que el cargo de rector universitario no es un «cargo público» a los efectos del

art. 23.2 CE, puesto que nuestra jurisprudencia vincula este concepto al «cargo público representativo» emanado del derecho de participación y representación política ex art. 23.1 CE. Ahora bien, añade, el art. 23.2 CE se proyecta también sobre el derecho a acceder a las funciones públicas, esto es, a los cargos y puestos funcionariales que se ejercen a través de una relación de servicios con la Administración de carácter estatutario. Le parece que sería cuando menos llamativo que careciese de la protección derivada del art. 23.2 CE el principal cargo electivo de una institución pública que goza de un especial reconocimiento constitucional, como es el caso de la universidad pública, y a la cual se garantiza autonomía para la gestión de los intereses propios de la comunidad universitaria (art. 27.10 CE); un cargo que, además, requiere que quien pretenda acceder al mismo ostente la condición de funcionario docente; un cargo, en fin, que tiene reservado el ejercicio de efectivos poderes administrativos (y no sólo de representación) para el gobierno, funcionamiento y prestación del servicio público de la enseñanza universitaria, responsabilidad última del Estado. La conjunción del carácter y proceso de designación del cargo y la naturaleza misma de la institución universitaria cuyos intereses representa y gestiona, necesariamente obliga a reconocer que se trata de un cargo a cuyo acceso en condiciones de igualdad en los términos que la ley establezca, al que no puede negársele la protección del derecho fundamental resultante del art. 23.2 CE, máxime si se considera que la STC 24/1990, de 15 de febrero, comprendió en su ámbito «a los cargos y funciones de otro orden, siempre claro está, que se trate de cargos y funciones públicos».

Tras negar que sea posible equiparar el de rector a determinados cargos sobre los que ya se ha pronunciado este Tribunal (miembros de las juntas de gobierno de los colegios profesionales o de las cámaras oficiales, de los consejos de administración de las cajas de ahorro o de las juntas de gobierno de las facultades universitarias), recuerda que la STC 47/1990, de 20 de marzo, no excluyó la proyección del art. 23.2 CE sobre el cargo de director de los centros públicos estatales de enseñanza.

Se expone seguidamente que la Sentencia impugnada ha incurrido en vulneración del art. 23.2 CE, al haber realizado una interpretación del art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad que es errónea y, por tanto, infundada, al tiempo que orilla el principio de interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales y de conformidad a la Constitución. En especial, la interpretación y aplicación restrictiva del derecho fundamental ex art. 23.2 CE se refleja en la aplicación retroactiva de la regla del art. 77.3 de los Estatutos a un supuesto que escapa a la literalidad misma del precepto. De este modo, el órgano judicial ha optado por seguir, entre las posibles, la interpretación y aplicación normativa más restrictiva y desfavorable, soslayando de esa manera aquella otra que, siendo igualmente factible —y más ajustada a los criterios hermenéuticos que han de observarse—, habría permitido el pleno y efectivo ejercicio del derecho fundamental.

Para llegar a la anterior conclusión recuerda que la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades estableció en su apartado 3 *in fine* que «los indicados Estatutos (los correspondientes a cada universidad) dispondrán la continuidad, en su caso, de los respectivos Rectores hasta la finalización de su mandato conforme a los actuales Estatutos, o la elección de nuevo Rector». Por tanto, quedó a la decisión de las propias universidades respetar el mandato de quienes fuesen en ese momento rectores, o proceder a una nueva elección, sin esperar a la conclusión del mismo.

Pues bien, continúa, los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos nada previeron sobre el cómputo o no del mandato rectoral en vigor, a diferencia de lo que aconteció en otras Universidades. La razón de ello estriba en que hasta que fueron aprobados en el año 2003, la Universidad Rey Juan Carlos no dispuso de estatutos, ni de rector equiparable en su *status* jurídico al de las demás universidades. A juicio del demandante, la obligada interpretación conforme a la plenitud de los derechos fundamentales, hubiera debido llevar al órgano jurisdiccional a marginar esa interpretación restrictiva, ya que, dado el silencio de la norma, aun cuando se llegase a admitir como posible, no menos admitía y admite la contraria, más favorable al derecho.

Se explica seguidamente que la Sentencia impugnada ha llevado a cabo una aplicación retroactiva del art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad puesto que si el

mandato rectoral hubiera ya concluido a la entrada en vigor de los estatutos es obvio que la prohibición de su art. 77.3 no sería de aplicación, no porque lo impidiese el principio de irretroactividad, sino porque no concurriría el presupuesto de hecho que la norma contempla, es decir, que se trate de dos mandatos consecutivos, ya que sólo se habría consumado un mandato.

Finalmente expone las razones por las que el cargo de rector-presidente prestatutario es cualitativamente distinto al de rector: a) La diferente denominación (rector-presidente *versus* rector); b) las diferentes competencias de gobierno y administración, teniendo el rector-presidente una posición subordinada ante la comisión gestora y el consejo de administración que, bajo la tutela obligada de la entonces Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid, gobernaba la Universidad, según resulta de los arts. 3 a 6 de la Ley 7/1996, de 8 de julio, por la que se creaba la Universidad Rey Juan Carlos, en contraposición a la posición y competencias con que se configura el cargo de rector en los posteriores Estatutos, en consonancia con el art. 20.1 de la Ley Orgánica de universidades; c) las menguadas competencias de nombramiento y cese por el entonces rector-presidente sobre el personal de dirección; d) la carencia de competencia del entonces rector-presidente para proponer la persona que hubiera de ser nombrada gerente general de la Universidad, cargo que ostenta importantes competencias en materia económico-financiera y presupuestaria, unido a las importantes competencias de la Comunidad Autónoma de Madrid en materia electoral, que limitaban en este punto la autonomía de la Universidad Rey Juan Carlos durante el periodo prestatutario; e) por último, se destaca que antes de que se aprobaran los estatutos las convocatorias y nombramientos de Catedráticos y Profesores titulares de la Universidad eran objeto de la aprobación por el Consejero de la Comunidad Autónoma.

4. Por providencia de 19 de diciembre de 2011, la Sala Segunda del Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, así como, a tenor de lo establecido en el art. 51 LOTC, requerir a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 23 de Madrid para que remitiesen testimonio, respectivamente, del rollo de apelación núm. 160-2011 y del procedimiento ordinario núm. 146-2009, acordándose al mismo tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el proceso judicial, para que pudieran comparecer en el recurso de amparo.

5. En la misma providencia de 19 de diciembre de 2011 se accedió a la petición formulada en la demanda de acordar la suspensión provisionalísima de las resoluciones judiciales impugnadas, conforme al art. 56.6 LOTC. Y mediante otra providencia de la misma fecha la Sala acordó abrir pieza separada y conceder un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para que efectuasen alegaciones respecto al mantenimiento de la medida cautelar de suspensión acordada.

A través de escrito presentado el 27 de diciembre de 2011 la representación procesal del demandante de amparo pidió el mantenimiento de la medida cautelar adoptada, a fin de que el recurso de amparo no perdiese su finalidad. El 4 de enero de 2012 el Ministerio Fiscal informó favorablemente la continuidad de la suspensión acordada. Finalmente la Sala, mediante el ATC 19/2012, de 30 de enero, resolvió mantener la medida cautelar de suspensión acordada por la providencia de 19 de diciembre de 2011.

El 8 de febrero de 2012 la representación procesal de don David Ríos Insua presentó escrito en el que solicitaba ser oído en el incidente de suspensión. Por providencia de 27 de febrero de 2012 la Sala Segunda acordó la unión del referido escrito a la pieza de medidas cautelares y que, habiendo recaído el Auto de 30 de enero de 2012, le fuese notificado, así como a la representación procesal de la Universidad Rey Juan Carlos, que también se había personado en las actuaciones con posterioridad a haber precluido el plazo de tres días para formular alegaciones que fue abierto por providencia de fecha 19 de diciembre de 2011, con advertencia de que ello era sin perjuicio de que las partes pudieran formular nuevas pretensiones con arreglo al art. 57 LOTC.

El 29 de marzo de 2009 don David Ríos Insua presentó un nuevo escrito en el que solicitaba el levantamiento de la medida cautelar acordada y, subsidiariamente, la exigencia al demandante de amparo de fianza suficiente para hacer frente a los daños y perjuicios que pudieran originarse. Dado traslado del anterior escrito a las demás partes, tanto el demandante de amparo —mediante escrito registrado el 10 de abril de 2012— como la representación procesal de la Universidad Rey Juan Carlos —en escrito presentado el 11 de abril de 2012— y el Ministerio Fiscal —en escrito de 25 de abril de 2012— solicitaron la denegación de las referidas peticiones. Finalmente la Sala, mediante Auto de 21 de mayo de 2012, acordó mantener la medida cautelar de suspensión acordada en la providencia de 19 de diciembre de 2012 y confirmada en el ATC 19/2012, de 30 de enero. Por último, en respuesta a la alegación del señor Ríos Insua acerca de que la demora en la resolución del recurso de amparo privaría de efectos prácticos a la Sentencia judicial que estimó su recurso de apelación, se advertía por esta Sala, en los dos Autos recaídos en la pieza de medidas cautelares, de que se procedería a señalar preferentemente la deliberación y fallo del presente proceso de amparo.

6. La Universidad Rey Juan Carlos, mediante escrito presentado el 13 de enero de 2012 por el Procurador don Ignacio Aguilar Fernández y suscrito por el Letrado don José María González Bustillo, solicitó su personación en el presente proceso, que fue aceptada por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2012.

7. El 20 de enero de 2012 solicitó su personación don David Ríos Insua, designando como Procuradora a doña Myriam González Fernández y como Letrado a don José Ramón Codina Vallverdú, que fue aceptada por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2012.

8. En la mencionada diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2012 se acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que dentro del plazo común de veinte días pudiera presentar alegaciones de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

9. El 5 de marzo de 2012 presentó su escrito de alegaciones la representación procesal de la Universidad Rey Juan Carlos, en el que solicita el otorgamiento del amparo impetrado por el demandante. A tal fin expone que la Sentencia impugnada ha vulnerado el derecho del demandante a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), pues además del «cargo público representativo», el precepto constitucional extiende también a las funciones públicas el derecho de acceso en condiciones de igualdad. Tras citar diversas resoluciones del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía referidas a cargos públicos universitarios, reitera que el art. 23.2 CE comprende la protección del cargo de rector de una universidad pública española.

A continuación expone que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de aplicar con carácter retroactivo el art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad, mediante una motivación irracional y en cierto modo arbitraria, ha vulnerado el derecho fundamental del señor González-Trevijano a una resolución judicial fundada en Derecho. En este sentido, señala que la disposición transitoria segunda, punto tres, de la Ley Orgánica 6/2001, admitía dos posibilidades: o bien que los correspondientes estatutos optaran por mantener al rector en el cargo hasta la expiración de su mandato conforme la normativa que le venía siendo de aplicación, o bien que se convocaran elecciones de conformidad con la nueva regulación estatutaria. Sin embargo, la Sentencia impugnada incorpora una nueva opción, bajo una justificación a todas luces irracional y arbitraria, al entender que los estatutos recién aprobados podían asumir un mandato rectoral previo a su entrada en vigor.

Llama la atención la representación procesal de la Universidad Rey Juan Carlos sobre la circunstancia de que, hasta la aprobación de sus estatutos, la Universidad no funcionó en el ejercicio del derecho fundamental a la autonomía universitaria, siendo así que las competencias comprendidas en el núcleo esencial de la autonomía universitaria, incluyendo las atribuidas al rector, no fueron reconocidas a esa Universidad hasta el 6 de marzo de 2003, fecha de entrada en vigor de sus estatutos.

En consonancia con esta situación, la convocatoria de las primeras elecciones se realizó por la Comunidad de Madrid, pues la Universidad Rey Juan Carlos no tenía potestad para hacerlo; el rector-presidente así elegido no tenía las competencias que el art. 20 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, atribuía al resto de rectores españoles, por cuanto tales competencias eran ejercidas por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad de Madrid; en consecuencia, el rector-presidente no podía nombrar a los miembros de los órganos universitarios, ni siquiera a su propio equipo, ni podía dirigir, coordinar o supervisar la gestión y dirección de la universidad, ni disponer válidamente del presupuesto universitario, ni, en fin, ejercer con plenitud de facultades el ejercicio del derecho fundamental a la autonomía universitaria que el art. 27.10 CE y la Ley Orgánica 6/2001, reconocen a favor de las universidades españolas, todo lo cual supone la imposibilidad de computar dicho mandato como, de un lado, si de un mandato en plenitud de facultades se tratara y, de otro, como si fuera perfectamente equiparable a la situación posteriormente regulada a través de los estatutos de la universidad.

Añade que la regulación que vienen a establecer los primeros Estatutos de la Universidad, aprobados mediante Decreto 22/2003, de 27 de febrero, se vio ante la necesidad de optar entre las dos posibilidades que establecía la disposición transitoria segunda, tres, de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, esto es, o la continuidad del rector conforme a los antiguos estatutos (que en este caso no habían existido) o nueva elección. La voluntad constituyente del claustro de la Universidad Rey Juan Carlos fue la de mantener al Rector, sin que la entonces vigente disposición transitoria segunda de los mismos determinase expresamente su cómputo a efectos de una futura reelección; y sin que quepa su inferencia tácita del art. 77.3 de los Estatutos, que entraron en vigor casi un año después del inicio del mandato rectoral, por cuanto el art. 9.3 CE impide una aplicación retroactiva que restrinja un derecho fundamental y la afectación o ataque a situaciones jurídicas ya consolidadas y perfeccionadas con anterioridad a la norma que entra en vigor.

10. El mismo día 5 de marzo de 2012 se registró el escrito alegatorio de don David Ríos Insua, quien expone que el recurso de amparo debe ser inadmitido a trámite por no cumplir el requisito procesal de su «especial trascendencia constitucional» que, tras la reforma de la Ley Orgánica de este Tribunal llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, debe concurrir para que un recurso de amparo sea admitido a trámite, conforme al art. 50.1 b) LOTC. Añade que no concurre ninguno de los supuestos señalados a tal fin en la STC 155/2009, de 25 de junio; en particular, rechaza que sobre la cuestión planteada en el recurso no se haya pronunciado el Tribunal, toda vez que no puede considerarse como novedad el que no existan pronunciamientos concretos en el caso de un «Rector» puesto que se trata de un cargo o función pública en una Administración al que se accede de acuerdo con lo previsto en los estatutos de cada universidad, por remisión expresa de la Ley Orgánica de universidades. Tan es así que ya en la Sentencia de 20 de marzo de 1990, relativa a un director de centro docente, no se discutió siquiera la aplicabilidad del art. 23.2 CE sino únicamente el hecho de que la instrucción por la que se establecían determinados requisitos para poder ser elegido no resultaba discriminatoria ni vulneraba la necesaria reserva legal; además, la doctrina contenida en esa Sentencia es perfectamente trasladable al presente caso, al tratarse de puestos directivos en una Administración educativa en los que, para su designación o elección, tiene participación la comunidad educativa o universitaria.

En relación con la cuestión de fondo, señala que el recurrente en amparo pretende sustituir el juicio, fundado y razonado, contenido en la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el suyo propio, pese a tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, por lo que no puede ser revisada por este Tribunal, al no ser el recurso de amparo una nueva instancia judicial, máxime cuando se trata de una resolución no arbitraria ni irrazonable y suficientemente motivada que satisface plenamente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, mediante lo que constituye una aplicación estricta de

lo dispuesto en el art. 77 en relación con la disposición transitoria segunda de los Estatutos de la Universidad.

Por último, expresa que la anulación del acto de proclamación de la candidatura y la retroacción de las actuaciones al momento mismo de esa proclamación no origina daño alguno ni incertidumbre para la comunidad universitaria, puesto que los propios Estatutos de la Universidad permiten el nombramiento de un rector en funciones durante un plazo de tres meses hasta que finalice el proceso electoral. Añade que tampoco afecta el cambio habido en el censo electoral del año 2009 hasta la actualidad puesto que en el propio Reglamento aprobado por el claustro de la universidad para las elecciones a rector queda explícitamente recogido el procedimiento a seguir para subsanar las modificaciones que pueda presentar el censo, incluso, con el procedimiento electoral ya iniciado.

11. El 6 de marzo de 2012 presentó su escrito el demandante, ratificándose en las alegaciones de hecho y de derecho expuestas en la demanda de amparo, que sintetiza del siguiente modo:

a) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid le ha privado de su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que establece la ley (art. 23.2 CE) al cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos.

b) El señalado derecho fundamental ampara que el acceso al cargo de rector de una universidad pública no pueda ser denegado sino por incumplimiento de los requisitos legales a los que se encuentra condicionado, tratándose, por lo demás, de un cargo que, aun no siendo representativo en sentido estricto, es un cargo público electivo de especial relevancia que, además, comporta el ejercicio de efectivas y muy destacadas funciones públicas.

c) De este modo, gozando de esa protección constitucional, debe estarse a la reiterada doctrina que impone que la interpretación y aplicación de los requisitos legales que condicionan el ejercicio de un derecho fundamental debe estar guiada por la selección de aquéllas que, siendo jurídicamente posibles, resulten las más favorables a ese ejercicio.

d) Resulta palmario que el órgano judicial ha optado por seguir, entre las posibles, la interpretación y aplicación normativa más restrictiva y desfavorable, soslayando de esa manera aquella otra que, siendo igualmente factible —más ajustada a los criterios hermenéuticos que han de observarse—, habría permitido el pleno y efectivo ejercicio del derecho fundamental.

12. El Ministerio Fiscal formuló alegaciones mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2012 en el que tras considerar que la cuestión debatida es de mera legalidad ordinaria, por no comprender el derecho reconocido en el art. 23.2 CE al cargo de rector, sostiene que la Sentencia impugnada realiza una interpretación de dicha legalidad ordinaria que no está incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente, por lo que tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) resulta lesionado; del mismo modo que tampoco resulta afectado el derecho de autonomía universitaria ex art. 27.10 CE (al margen de que con relación al mismo serían de apreciar, a su juicio, carencia de legitimación del demandante, falta de agotamiento de la vía judicial y de haberse alegado su vulneración en la vía judicial) ya que el órgano judicial se ha limitado a controlar la legalidad de la decisión de la Junta electoral central de la Universidad, sin que el ejercicio de dicha función jurisdiccional afecte al normal desarrollo de la Universidad, ni a sus competencias, ni incida en la libertad académica.

Concretamente, en relación con el derecho reconocido en el art. 23.2 CE, señala el Ministerio Fiscal que aunque el cargo de rector sea un «auténtico cargo público electivo», ello no significa necesariamente que deba gozar de la protección del mencionado precepto constitucional, pues este Tribunal Constitucional ha vinculado el derecho de «acceso a cargos públicos» a los cargos de representación política; y el cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos es un cargo público elegido democráticamente por un

cuerpo electoral —la comunidad universitaria— pero no es un cargo político y por ello representativo de la ciudadanía, del cuerpo electoral que elige a los cargos y representantes públicos. En realidad, añade, no se trata de que el recurrente en amparo no pueda acceder al cargo de rector, sino que para ello es necesario que cumpla con los requisitos que la normativa prevé para ser candidato al mismo. En definitiva, señala, no está implicado ni el acceso a la función pública, ni el desarrollo o promoción de la carrera administrativa del recurrente en amparo; como tampoco está en cuestión el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los «cargos» públicos, ya que, la condición de la figura de rector de una universidad pública no es un cargo público de representación política, ni corresponde al Estado ni a los entes territoriales en que este se organiza.

Respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) señala el Fiscal que la cuestión se reduce a determinar si la resolución judicial es razonable, lógica, no arbitraria y no está incurso en error patente. Considera que es cierto que la interpretación favorable al derecho de participación como candidato a la elección de rector conlleva no considerar como computable el periodo que como Rector ejerció el recurrente durante los años 2002-2005, ya que la elección se produjo sin estar aprobados los Estatutos de la Universidad, que son los que imponen la restricción de impedir una nueva candidatura cuando se ha ejercido como Rector durante dos mandatos consecutivos, sin que los mismos contengan ninguna previsión normativa sobre el cómputo, a los efectos del art. 77.3, del mandato de rector, que en el momento de su aprobación, estaba en vigor por consecuencia de las elecciones del año 2002 y en las cuales resultó elegido el demandante en amparo, por lo que la Sentencia de apelación, al aplicar retroactivamente la previsión estatutaria del art. 77.3, estaría restringiendo y limitando el acceso al cargo de rector del recurrente en la medida que entiende que se da en el mismo el supuesto de la prohibición estatutaria.

Sin embargo, continúa el Fiscal, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, la Sentencia impugnada expresa las razones de su fallo y contiene una fundamentación en derecho que no cabe tachar de irrazonable, ilógica o arbitraria en la aplicación e interpretación del requisito exigido para ser candidato a Rector de la Universidad Rey Juan Carlos; ello al margen del acierto o desacierto de la decisión judicial, pues la determinación de si el recurrente reúne o no los requisitos para ser candidato por estar incurso en una prohibición estatutaria es una cuestión de legalidad ordinaria, sin que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE incluya el acierto en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, por lo que no se habría vulnerado el derecho fundamental.

13. Por providencia de 25 de octubre de 2012 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaída el 3 de junio de 2011 en el rollo de apelación núm. 160-2011 y contra el Auto de 7 de octubre de 2011 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla.

La indicada Sentencia anuló la proclamación de la candidatura del demandante de amparo a las elecciones a Rector de la Universidad Rey Juan Carlos convocadas el 23 de octubre de 2009 por acuerdo de su Consejo de Gobierno, ordenando el órgano judicial retrotraer el proceso electoral al momento inmediato anterior al de la proclamación provisional de los candidatos. Tal pronunciamiento se sustenta en la consideración de que don Pedro González-Trevijano no podía concurrir como candidato en las elecciones convocadas, al haber desempeñado ya el cargo de Rector durante los dos mandatos precedentes.

En efecto, el Tribunal contencioso-administrativo apreció que el art. 77.3 *in fine* de los Estatutos de la indicada Universidad —con arreglo al cual quien sea Rector «[ú]nicamente podrá presentar de nuevo su candidatura a las elecciones a Rector una sola vez consecutiva»— impedía al demandante de amparo concurrir como candidato a las elecciones rectorales pues, tras haber resultado elegido en las convocadas por Decreto 84/2002, de 16 de mayo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, se mantuvo en el cargo una vez que entraron en vigor los Estatutos de la Universidad aprobados en virtud del Decreto 22/2003, de 27 de febrero, de la misma Consejería, hasta que, agotado el mandato, se procedió a la celebración de nuevas elecciones, ajustadas a lo dispuesto en los citados estatutos, en las que el demandante de amparo resultó elegido y, consiguientemente, nombrado rector (Decreto 134/2005, de 29 de diciembre). Con ello, a juicio del órgano judicial, el demandante de amparo ha ejercido el cargo de rector durante dos mandatos, habiendo quedado incurso así en la causa de inelegibilidad prevista en el art. 77.3 *in fine* de los ya indicados Estatutos.

Frente a esta apreciación, sostiene el demandante de amparo que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE), a causa de que el órgano judicial ha optado por seguir, entre las posibles, la interpretación y aplicación normativa más restrictiva y desfavorable, eludiendo de esa manera aquella otra que, siendo igualmente factible —y más ajustada a los criterios hermenéuticos que han de observarse—, habría permitido el pleno y efectivo ejercicio del referido derecho fundamental.

Coincide con este parecer la representación procesal de la Universidad Rey Juan Carlos, que también solicita el otorgamiento del amparo. Por el contrario, la representación procesal de don David Ríos Insua aduce que el recurso debe ser declarado inadmisibile, pues carece de la especial trascendencia constitucional exigida por el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); subsidiariamente, sostiene que la demanda debe ser desestimada, pues la resolución judicial no incurre en la vulneración constitucional que se alega por el demandante. También el Ministerio Fiscal solicita la denegación del amparo, al considerar que la Sentencia impugnada realiza una interpretación de la legalidad ordinaria que, al no estar incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente, no afecta a derecho constitucional alguno del recurrente, pues ni el cargo de rector está protegido por el art. 23.2 CE ni resulta concernido el derecho de autonomía universitaria ex art. 27.10 CE.

2. Una vez delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, debemos abordar con carácter previo el óbice aducido por la representación procesal de don David Ríos Insua, examinando si, como considera, la demanda de amparo se encuentra incurso en causa de inadmisión, derivada del incumplimiento de la exigencia impuesta por el art. 50.1 b) LOTIC de que el recurso ofrezca especial trascendencia constitucional, en los términos definidos en nuestra STC 155/2009, de 25 de junio.

Ciertamente, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha reformado la configuración del proceso constitucional de amparo mediante la introducción en el art. 50.1 b) LOTIC de una nueva condición de admisibilidad: la necesidad de que el recurso tenga una «especial trascendencia constitucional». El carácter notablemente flexible e indeterminado tanto del concepto de «especial trascendencia constitucional» como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización («su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales») ha llevado al Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional; en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o

depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido (FJ 2).

Por otra parte, como pusimos de relieve en la STC 17/2011, de 28 de febrero (FJ 2), el legislador ha querido que nuestra valoración acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso de amparo venga siempre precedida de su invocación y justificación en el escrito de demanda (art. 49.1 *in fine* LOTC), lo que constituye un instrumento de colaboración de todo recurrente con la Justicia constitucional. Pero es evidente que el aludido carácter flexible tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional» como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo [STC 89/2011, de 6 de junio, FJ 2 c)]; apreciación que encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTC, sin perjuicio de dar respuesta ahora a los eventuales reparos que puedan suscitar las partes en sus escritos de alegaciones (como ya hicimos en la STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

En el presente caso el demandante de amparo vincula la especial trascendencia constitucional del recurso a que en él se plantea un asunto sobre el que no existe por el momento un pronunciamiento directo, claro y terminante de este Tribunal, cual es el de si los cargos públicos electivos por sufragio universal de los miembros de las comunidades universitarias, en particular el de rector, entran o no en el radio de protección que dispensa el art. 23.2 CE; añade que la especial trascendencia constitucional del recurso se manifiesta también en que aborda una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social, en cuanto afecta a la estabilidad y buen gobierno de una institución pública. Por el contrario, la representación procesal de don David Ríos Insua rechaza el carácter novedoso de la cuestión planteada, señalando que la doctrina contenida en la STC 47/1990, de 20 de marzo, relativa al cargo de director de centro público docente, es perfectamente trasladable al presente caso, al tratarse de puestos directivos de la Administración educativa en cuya designación o elección tiene participación la comunidad educativa o universitaria.

Efectivamente, este Tribunal ha tenido ya oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión acerca de la repercusión del art. 23.2 CE en relación con cargos públicos académicos. Así, la STC 212/1993, de 28 de junio, rechazó su incidencia en la candidatura a la junta de una facultad universitaria; y la STC 80/1994, de 14 de marzo, adoptó la misma posición en relación con el cargo de secretario de un centro público escolar. Por el contrario, la STC 47/1990, de 20 de marzo, resolvió el recurso de amparo formulado contra la prohibición de que los profesores de religión pudiesen ser candidatos al cargo de director de centros públicos escolares desde la premisa de que se trata de un cargo público protegible *ex art.* 23.2 CE, pese a que no es proveído mediante un sistema de concurso u oposición sino a través de un proceso electoral. También la STC 217/1992, de 1 de diciembre (FJ 6), aceptó expresamente que los profesores miembros del claustro de una universidad desempeñan cargos o funciones públicas incardinadas en el art. 23.2 CE.

Esta diversidad de pronunciamientos dota de especial trascendencia constitucional al presente recurso de amparo [art. 50.1 b) LOTC], al dar ocasión a este Tribunal para aclarar el sentido y alcance de su doctrina en este ámbito [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)], más allá también de la ausencia de precedente en nuestra jurisprudencia sobre el cargo de rector o de la incidencia que en la universidad afectada habría de tener que quien fue elegido rector por la comunidad universitaria debiese cesar en el cargo en virtud del pronunciamiento judicial impugnado.

3. Una vez descartado el óbice planteado, nuestro enjuiciamiento exige abordar separadamente dos cuestiones. La primera, si el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE se proyecta sobre el cargo de rector de una universidad pública, esto es, si queda comprendido en la noción de «funciones y cargos públicos» que acoge el precepto constitucional. Y segunda, —aunque sólo para el caso de responderse afirmativamente a la anterior— si la interpretación que hizo el órgano judicial de los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos ha podido vulnerar el art. 23.2 CE, por dispensar al

demandante de amparo un eventual trato discriminatorio o atentatorio a las exigencias del principio de igualdad, en relación con aquellas otras personas que, tras el pronunciamiento judicial, sí pueden concurrir como candidatos a la elecciones rectorales.

A tal fin, la primera consideración que procede hacer está dirigida a identificar cuál es el derecho fundamental realmente concernido, como consecuencia de que hemos distinguido en el art. 23.2 CE —que reconoce el derecho de los ciudadanos «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»— dos derechos distintos, fruto del deslinde de los conceptos de «funciones» y «cargos» públicos: de un lado, el derecho de participación política de los ciudadanos en el sistema democrático en condición de representante —derecho electoral pasivo— que, a su vez, está íntimamente vinculado al derecho electoral activo a que se refiere el propio art. 23 CE en su núm. 1; y, de otro lado, el derecho a acceder a puestos o cargos funcionariales, a través del cual se despliega un aspecto de la participación de los ciudadanos en las instituciones públicas que tiene su conexión propia en los principios que, según el art. 103 CE, deben regir la organización y funcionamiento de la Administración (STC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3).

En relación con el primero de los derechos, desde la STC 23/1984, de 20 de febrero, hemos ceñido la noción constitucional de «cargo público» empleada en el art. 23.2 CE a los cargos electivos de representación genuinamente política de los entes territoriales, esto es, los que corresponden al Estado y a los entes en que se organiza territorialmente de acuerdo con el art. 137 CE (diputados y senadores, parlamentarios europeos y autonómicos, diputados provinciales, concejales y representantes de otros entes locales), por considerar que el derecho que define esta vertiente del mencionado art. 23.2 CE es un reflejo del Estado democrático en el que la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE). En efecto, el derecho de acceso a los cargos públicos de representación política cobra su auténtico sentido al asociarse al 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).

Como consecuencia de este restringido alcance del concepto de «cargo público» ex art. 23.2 CE, hemos negado tal condición en diversos supuestos, ya sea por considerar que el cargo no era público (así, los de los órganos de gobierno de las cajas de ahorro, en las SSTC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 7; 133/1989, de 19 de julio, FJ 4; y 160/1990, de 18 de octubre, FJ 4), ya sea por no atañer a entes territoriales, como ocurre con los cargos de las Administraciones corporativa o institucional de base no territorial (así, los de las juntas de gobierno de los colegios profesionales, en la ya citada STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 5; los de las cámaras oficiales en el ATC 270/1987, de 4 de marzo, FJ 3; e, igualmente, en la STC 212/1993, de 28 de junio, FJ 4, afirmamos que la condición de miembro de la junta de una facultad universitaria no es un cargo público de representación política, ni perteneciente al Estado o a los entes territoriales en que éste se organiza).

El traslado de las anteriores consideraciones al presente caso pone de manifiesto que tampoco reúne las notas exigidas el cargo al que se contrae este proceso constitucional, aunque sea, ciertamente, un cargo (el de rector) público (de una universidad pública) y representativo (de la correspondiente comunidad universitaria), al que se accede tras un proceso electoral. Sin embargo, ni la universidad es un ente territorial ni la representación a la que atiende el cargo de rector es de naturaleza política.

En este mismo sentido se expresa la Sentencia impugnada, en la que, según ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes de esta resolución, el órgano judicial niega que el derecho reconocido en el art. 23.2 CE se proyecte sobre el cargo de rector de una universidad pública, señalando que «el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el art. 23.2 interpretado en conexión con el art. 23.1 ... se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponde al Estado y a los entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el art. 137 de la Constitución —Comunidades Autónomas, municipios y provincias—».

Sin embargo, tal respuesta judicial, al detenerse en esta única consideración, resulta insuficiente por incompleta, pues no aborda la posible subsunción del cargo de rector de

universidad pública en la segunda de las vertientes del art. 23.2 CE, esto es, la del derecho de acceso a las funciones públicas, cuyo examen debemos afrontar a continuación.

4. Según se ha anticipado, hemos distinguido en el art. 23.2 CE un derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad y con arreglo a las leyes, como derecho distinto al de acceder a los cargos públicos electivos de representación política, al que acabamos de referirnos.

Por consiguiente, se hace necesario delimitar también la noción constitucional de «funciones públicas», partiendo de que cuando se trata de una exégesis constitucional debemos rechazar el intento de aprehender los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 3). Pues bien, desde esta perspectiva estrictamente constitucional, las «funciones públicas» englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE han sido caracterizadas por nuestra jurisprudencia con las siguientes notas:

a) En primer lugar, son funciones desarrolladas en el ámbito de la Administración, entendida esta expresión en un sentido lato, comprensivo de cualquier organización medial o servicial, y no constreñida sólo a sus manifestaciones personificadas (ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3); sin que queden excluidos, entre otros ámbitos, el de los órganos constitucionales o de creación estatutaria y el poder judicial (así, las SSTC 198/1989, de 27 de noviembre; y 110/1991, de 20 de mayo, en relación con el acceso a la carrera judicial).

b) En segundo lugar, son funciones desempeñadas por funcionarios públicos en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración mediante una relación de servicios de carácter estatutario, es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (SSTC 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; y 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y ATC 298/1996, de 16 de octubre, FJ 3).

Como consecuencia de no poder calificarse como puestos o cargos públicos cuyo acceso tiene lugar a través de un procedimiento sujeto al Derecho administrativo, resultan excluidos de la protección constitucional dimanante del art. 23.2 CE los desempeñados por el personal laboral al servicio de la Administración (SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 86/2004, de 10 de mayo, FJ 4; 132/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 8) o bajo cualquier otra forma contractual, como acontece con los concesionarios y contratistas (así, ATC 645/1983, de 21 de diciembre).

Quedan también excluidos del ámbito de protección del art. 23.2 CE los puestos y cargos de designación política, esto es, los denominados «altos cargos» cuando su cobertura dependa exclusivamente de la voluntad de la autoridad a la que se atribuye la competencia para el nombramiento y cese, sin sujeción a requisitos vinculados a los principios de mérito y capacidad sino tan sólo a criterios políticos. Lo mismo ocurre con los puestos reservados al personal eventual que presta apoyo o asesoramiento especial a estos altos cargos en su gestión y cuya designación se sustenta en criterios de estricta confianza (STC 221/2004, de 29 de noviembre, FJ 4 *in fine*).

Por último, es preciso recordar que el art. 23.2 CE abarca no sólo la incorporación a la función pública *in genere* sino también la promoción —con arreglo a la ley— a los diversos puestos o cargos en que se estructura, aunque con matices derivados de las características del empleo o cargo público de que se trate, pues 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, de la provisión de concretos empleos o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, ya que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7; y 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

5. Llegados a este punto estamos ya en condiciones de responder afirmativamente acerca de si el cargo de rector de una universidad pública implica el desempeño de una función pública incardinada en el ámbito de protección del art. 23.2 CE.

Del cuadro normativo que configura este cargo académico se infiere, en primer lugar, que las universidades públicas se integran —a los efectos que aquí importan y sin perjuicio de la especificidad de su régimen jurídico— en el marco de las Administraciones públicas [art. 2.1 del estatuto básico del empleado público en relación con el art. 6.4 de la Ley Orgánica 6/2001, de universidades, la disposición adicional décima de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, el art. 2.2 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y el art. 1.2 d) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa].

En segundo lugar, se trata de una función reservada a funcionarios públicos de carrera, en cuanto el art. 20.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre, de universidades, establece que «el Rector será elegido ... entre funcionarios en activo del Cuerpo de Catedráticos de Universidad que presten servicios en ella». En el mismo sentido, el art. 79 de los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos previene que la condición de rector se perderá, entre otras causas, por «pérdida de la condición funcional». Más aún, el nombrado rector, además de mantener la condición de funcionario en servicio activo en su cuerpo de procedencia, puede seguir ejerciendo las funciones docentes inherentes al mismo, puesto que el art. 81.3 de los Estatutos de la misma Universidad se limita a contemplar la eventualidad de que «el Rector podrá acogerse al régimen de exención total o parcial de sus funciones docentes durante el ejercicio del cargo».

No desvirtúa tal naturaleza el carácter temporal del cargo, al quedar dicho aspecto abarcado por las facultades de configuración del legislador, como ocurre, entre otros, con los cargos judiciales a los que la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere funciones gubernativas añadidas a las jurisdiccionales (así, en la STC 198/1989, de 27 de noviembre).

Tampoco es óbice la particularidad de que el cargo de rector sea proveído a través de un proceso electoral, pues, como consecuencia de la complejidad de la organización de las Administraciones públicas, puede el legislador configurar diferentes sistemas de provisión de las diversas funciones públicas, con tal de que no se aparte en su diseño de los principios constitucionales fijados en el art. 103.3 CE. En efecto, la vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades, establece que el rector será elegido por el claustro o por la comunidad universitaria mediante elección directa y sufragio universal, según indiquen los estatutos de cada universidad, los cuales regularán también el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de su sustitución (art. 20.2).

En concreto, el legislador ha diseñado las condiciones de acceso al cargo de rector en el art. 20 de la Ley Orgánica 6/2001, de universidades, instituyendo que podrán concurrir al mismo quienes teniendo ya acreditados mérito y capacidad —por ser funcionarios de carrera en activo— reúnan además otros dos requisitos de idoneidad vinculados a los mencionados principios, cuales son los de pertenecer al Cuerpo de Catedráticos de Universidad —máximo nivel de los cuerpos docentes universitarios— y estar prestando servicios como tal en la propia universidad a cuyo rectorado se aspire, lo que se dirige a procurar que concurra en el candidato un adecuado conocimiento interno de la institución.

El art. 23.2 CE confiere sobre estos extremos reglados un derecho de carácter reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y en último extremo ante este Tribunal, cualquier aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad, como puede acontecer, por lo que aquí importa, con la resolución que excluya a una persona de la posibilidad de postularse al cargo. En cambio, en relación ya con la provisión del cargo, el legislador ha establecido la presunción de que todos quienes reúnan los antedichos requisitos tienen mérito y capacidad suficientes para su desempeño, residenciando en un

colectivo predefinido —la comunidad universitaria, por sí o por medio del claustro— la facultad decisoria. En este sentido, ha de repararse en que un entendimiento contrario al respecto no tendría como consecuencia extraer este cargo académico del ámbito de protección del art. 23.2 CE, sino obligar al legislador a regular su provisión con arreglo a un procedimiento diferente que garantizara los repetidos principios de mérito y capacidad; si bien ha de descartarse esta hipótesis, habida cuenta de que, como ya hemos advertido, en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 365/1993, de 13 de diciembre, FJ 7; y 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5, antes citadas), como acontece, entre otros, en el ámbito de la Administración educativa, no sólo universitaria, al haber entendido conveniente el legislador que quienes ejerzan el gobierno de ciertas instituciones docentes hayan obtenido la representatividad de la comunidad educativa. En este mismo sentido, desde la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación hasta la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, se han contemplado fórmulas diversas de participación de la comunidad educativa en la selección de los directores de los centros públicos docentes; y, como ya hemos anticipado, en la STC 47/1990, de 20 de marzo, nos pronunciamos sobre la entonces prohibición de que los profesores de religión pudiesen ser candidatos al cargo de director de centros públicos escolares desde la premisa de que se trata de un cargo público protegible ex art. 23.2 CE, pese a que no es proveído mediante un sistema de concurso u oposición sino a través de un proceso electoral; al igual que en la STC 217/1992, de 1 de diciembre (FJ 6), respecto de los profesores miembros del claustro de una universidad.

Esta posibilidad reconocida en nuestra jurisprudencia de modular la incidencia de los criterios de mérito y capacidad, cohesionándolos con otros bienes constitucionalmente protegidos, cobra especial significación en la figura del rector universitario, en cuanto es «la máxima autoridad académica de la Universidad y ostenta la representación de ésta» (art. 20.1 de la Ley Orgánica de universidades).

En nuestro ordenamiento las universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía ex art. 2.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de universidades, cuya exposición de motivos recuerda que «la Constitución consagró la autonomía de las Universidades y garantizó, con ésta, las libertades de cátedra, de estudio y de investigación, así como la autonomía de gestión y administración de sus propios recursos». Y puesto que la autonomía universitaria se reconoce en el art. 27.10 CE «en los términos que la ley establezca», corresponde al legislador delimitar y desarrollar esa autonomía, confiriendo a las universidades las potestades necesarias para garantizar la libertad académica, como espacio de la libertad intelectual sin el cual no sería posible la plena efectividad de la función esencial y consustancial a la institución.

Esa función configuradora atribuida al legislador resulta satisfecha actualmente en el art. 2.2 de la repetida Ley Orgánica, en el que se establece que la autonomía de las universidades comprende, entre otros contenidos, «la elección, designación y remoción de los correspondientes órganos de gobierno y representación» [apartado b) del mencionado art. 2.2]. Es así, por consiguiente, que forma parte del contenido esencial de la autonomía universitaria no sólo la potestad de autonormación sino también la de auto-organización, como ya tuvimos ocasión de afirmar en la STC 75/1997, de 21 de abril (FJ 2). Pues bien, en el ámbito de esta potestad de auto-organización presenta un especial alcance la designación del rector, en cuanto, además de ser la máxima autoridad académica de la universidad y ostentar su representación, ejerce la dirección, gobierno y gestión de la misma, desarrolla las líneas de actuación aprobadas por los órganos colegiados correspondientes y ejecuta sus acuerdos; correspondiéndole, además, cuantas competencias no sean expresamente atribuidas a otros órganos (art. 20.1 de la Ley Orgánica de universidades).

Es por ello que el diseño perfilado por el legislador orgánico para la provisión del cargo de rector —que armoniza la idoneidad inherente a la condición de catedrático de la universidad a cuyo gobierno se aspire, con la atribución a la comunidad universitaria de la facultad de elegir al candidato en quien aprecie las cualidades adecuadas— combina apropiadamente los principios de mérito y capacidad que inciden sobre los extremos reglados del acceso al cargo de rector de universidad pública (art. 23.2 en relación con el 103.3 CE) con la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE).

6. Una vez determinado que el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE se proyecta —en los términos que hemos fijado— sobre el cargo de Rector de una universidad pública, debemos examinar si la interpretación que hizo el órgano judicial de los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos ha podido vulnerar el mencionado precepto constitucional, por dispensar al demandante de amparo un eventual trato discriminatorio, o atentatorio a las exigencias del principio de igualdad, en relación con aquellas otras personas que, tras el pronunciamiento judicial, sí pueden concurrir como candidatos a la elecciones rectorales.

La norma cuya interpretación se controvierte es el art. 77.3 de los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos, aprobados por Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid 22/2003, de 27 de febrero. El precepto establece:

«El mandato del Rector tendrá una duración de cuatro años. Sólo podrá ser removido por el Claustro y en la forma establecida por estos estatutos. Únicamente podrá presentar de nuevo su candidatura a las elecciones a Rector una sola vez consecutiva.»

No se discute, por obvio, que la disposición transcrita limita a dos el número de mandatos consecutivos que pueden desempeñarse en el ejercicio del cargo de Rector a partir de la entrada en vigor de los Estatutos. Lo que se cuestiona es si el mandato que ya venía ejerciendo el demandante de amparo en el momento en que se aprobaron los referidos estatutos ha de computarse a tales efectos. Este es el *prius* al que ha de darse respuesta, pues el problema de los eventuales efectos retroactivos de la norma y su compatibilidad con el art. 9.3 CE —cuya vulneración, por lo demás, no sería susceptible de repararse mediante el recurso de amparo— sólo es abordable si previamente se alcanza la conclusión de que el precepto obliga a computar el mandato que el demandante de amparo venía ejerciendo en el momento en que se aprobaron los estatutos de la universidad.

Pues bien, cualquier respuesta al respecto debe partir de constatar la ausencia de previsión normativa expresa, pues lo cierto es que del tenor de la disposición transcrita no se infiere ni que el mandato en curso fuera computable ni lo contrario, ya que nada dice en sí misma acerca de la cuestión controvertida.

La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid sustenta su pronunciamiento en dos argumentos. Consiste el primero en considerar que con motivo de regularse en la Ley Orgánica 6/2001, de universidades, un nuevo régimen de elección de los rectores universitarios, su disposición transitoria segunda estableció que «los Estatutos dispondrán la continuidad, en su caso, de los respectivos Rectores hasta la finalización de su mandato conforme a los actuales Estatutos o la elección de nuevo Rector»; siendo así que la Universidad Rey Juan Carlos acogió para sí la primera de las opciones (disposición transitoria segunda de sus Estatutos). Como segundo argumento se afirma que, al haberse limitado a dos el número de mandatos consecutivos, «es evidente que los Estatutos ponen énfasis en la limitación de los mandatos del Rector», a partir de lo cual concluye el órgano judicial que «la consecuencia lógica de esta previsión es la toma en consideración del mandato iniciado antes de la publicación de los Estatutos, pero en desarrollo estando ya vigentes aquéllos, para computarlo como mandato estatutario». Para el órgano judicial no es relevante la singularidad de que, hasta que fueron aprobados en el año 2003, la Universidad Rey Juan Carlos no dispuso de estatutos, ni de rector equiparable en su *status* jurídico al de las demás universidades.

Cualquiera que sea el juicio que tal argumentación merezca, lo cierto es que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha llevado a cabo una interpretación del art. 77.3 de los Estatutos que este Tribunal Constitucional no habría de objetar si se tratara de la aplicación de normativa de pura legalidad ordinaria, pues en tales casos, como es sabido, nuestro canon de enjuiciamiento es el que proporciona el art. 24.1 CE, que sólo excluye —por ser incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva— aquellas interpretaciones de la legalidad ordinaria incursas en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente.

Ahora bien, ya hemos rechazado que nos encontremos ante una cuestión en la que sólo esté implicada la legalidad ordinaria, pues concluimos que el art. 23.2 CE se proyecta sobre el derecho de acceso al cargo de rector de las universidades públicas; y, por tanto, nuestro canon de enjuiciamiento deberá ser el propio de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales sustantivos. Y ésta es la razón que nos conduce a considerar al pronunciamiento judicial impugnado como lesivo del derecho reconocido en el art. 23.2 CE.

En efecto, cualquier exégesis en este ámbito debe estar presidida por el principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. Entre otras muchas, en la STC 138/2000, de 29 de mayo (FJ 5), afirmamos que para analizar una queja relativa a un derecho fundamental de carácter sustantivo como el reconocido en el art. 23.2 CE se debe realizar una indagación que no se cumple con la simple constatación de la razonable interpretación que pueda exhibir la resolución judicial impugnada (en el mismo sentido, la STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 5) sino que obliga a este Tribunal a revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem*. De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional, instrumento que resulta idóneo para revisar una eventual lesión de los derechos del art. 23.2 CE causada por no aplicarse la normativa legal en el sentido más favorable a la efectividad del derecho fundamental. Ya en la STC 76/1987, de 25 de mayo (FJ 2), se dijo que «la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y muy especialmente por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las leyes» (en el mismo sentido la posterior STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2).

Este principio hermenéutico de general aplicación en todos aquellos supuestos en que estén implicados derechos fundamentales, se completa con ciertas reglas específicas generadas por nuestra jurisprudencia en relación con el art. 23.2 CE.

Así, en primer lugar, las causas de inelegibilidad de los cargos y funciones públicas deben ser objeto de interpretación restrictiva, pues debemos recordar, con la STC 48/1998, de 2 de marzo, que «en línea de principio, la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiere una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el art. 23.2 CE impone» (FJ 8). Más concretamente, en la STC 45/1983, de 25 de mayo (FJ 4), consideramos lesiva del art. 23.2 CE la realización por el órgano judicial de una interpretación extensiva de la formulación legal de una causa de inelegibilidad, rechazando que una norma delimitadora negativamente de un derecho de elegibilidad se interpretase extensivamente y concluyendo que «la técnica hermenéutica utilizada no es válida para restringir un derecho». Igualmente, en la STC 28/1986, de 20 de febrero (FJ 4), repetimos que «no cabe —dentro de la línea mantenida por este Tribunal en la citada Sentencia de 25 de mayo de 1983— la posibilidad de interpretar extensivamente la formulación legal de las causas de inelegibilidad» (también, en el mismo sentido, la STC 7/1992, de 16 de enero, FJ 3).

En segundo lugar, como advirtió la STC 32/1985, de 6 de marzo (FJ 3), y ha recordado la STC 160/1990, de 18 de octubre (FJ 4), lo decisivo para juzgar la exclusión en el acceso a un empleo o cargo será siempre la existencia o no de norma impeditiva para el nombramiento. En el presente caso, en ausencia de norma que explícitamente permitiera

la exclusión del demandante de amparo en el proceso electoral, debió la Sala sentenciadora realizar una interpretación de los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos conforme a la Constitución, pues el texto constitucional es «el contexto al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales» (SSTC 253/1988, de 20 de diciembre, FJ 4; y 24/1990, de 15 de febrero, FJ 6).

En definitiva, el órgano judicial, pese a la ausencia de norma expresa impeditiva, ha excluido al demandante de amparo de la posibilidad de acceder al cargo de Rector de la Universidad Rey Juan Carlos mediante una aplicación extensiva de la causa de inelegibilidad prevista en el art. 77.3 *in fine* de sus Estatutos, soslayando el principio de interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, dispensándole así un trato contrario a las exigencias del principio de igualdad en relación con aquellas otras personas que, tras el pronunciamiento judicial, sí podían concurrir como candidatos a la elecciones rectorales.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Pedro González-Trevijano Sánchez y, en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaída el 3 de junio de 2011 en el rollo de apelación núm. 160-2011 y el Auto de 7 de octubre de 2011 que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintinueve de octubre de dos mil doce.—Ramón Rodríguez Arribas.—Francisco José Hernando Santiago.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.

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 de la Ley Orgánica de

universidades añade 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 atribuidos 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.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.