

## Información Editorial

**JD**  
Justicia  
Deportiva

### Revista número 1

- ESTUDIO:

*Crónica sobre la doctrina sentada por el CDD en 1997*, por **Ramón Terol**.

**QF**  
Quincena  
Fiscal

### Revista número 9

- DOCTRINA:

*La transmisión onerosa de elementos afectos a la actividad empresarial en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, por **Mercedes Navarro Egea**.

*Estrategia y desarrollo de los sistemas tributarios en la Unión Europea*, por **Fernando Serrano Antón**.

**CAI**

Visite nuestra página Web: <http://www.aranzadi.es>

BDA Jurisprudencia Aranzadi: actualización diaria para suscriptores en el CAI.



Códigos  
Básicos

### *Sociedades Mercantiles Básicas* por

**Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano** (Director), **José Domingo Rodríguez Martínez**, **José Barba de Vega**, **Enrique Villa Vega**, **Esperanza López Cereceda**, **Raúl Bercovitz Álvarez**.



Monografías  
Aranzadi

*Régimen Tributario de las Fundaciones en la Ley 30/1994: Condiciones para su Obtención* por **José Pedreira Menéndez**  
150 páginas. Precio: 2.308 s/IVA, 2.400 c/IVA.

*Régimen Jurídico de la Prueba en la Aplicación de los Tributos*, por **Antonio María López Molino**  
450 páginas. Precio: 5.750 s/IVA, 5.990 c/IVA.

*La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, por **Magdalena Nogueira Guastavino**  
396 páginas. Precio: 4.808 s/IVA, 5.000 c/IVA.



# SUMARIO

	<u>Página</u>
<b>Abreviaturas</b> .....	- 7 -
<b>PORTADA:</b>	
- <i>Sobre cuestiones penales (Caso Juan Guerra), administrativas (Caso Bermejo Vera v. Servicio Aragonés de Salud) y civiles (Caso Bonet v. Banca Catalana), por Manuel Pulido Quecedo</i> .....	- 9 -
<b>ESTUDIOS Y NOTAS:</b>	
- <i>Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del art. 23.2 CE, por Javier Barnes</i> .....	- 15 -
<b>JURISPRUDENCIA</b>	
<b>Tribunal Constitucional</b>	
<i>Sentencias</i>	
Febrero y marzo, marginales 41 a 53 (BOE de 31 marzo 1998, suplemento núm. 77) .....	593
<b>Tribunal Europeo de Derechos Humanos:</b>	
Marginales 761 y 774 (1997) .....	781
<b>INDICES</b>	
Legal .....	813
Alfabético .....	817
Por asuntos .....	829

# Estudios y Notas

## Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del art. 23.2 CE (A propósito del derecho a la ley en la jurisprudencia constitucional)

JAVIER BARNES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*

### SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DE UN PROBLEMA: LA AUSENCIA DE REGLAS DE JUEGO O LA DEFICIENTE PREDETERMINACION DE LAS CONDICIONES RELATIVAS DE MERITO Y CAPACIDAD.-1. *La endogamia y las consideraciones de escuela, consecuencia de un mismo fenómeno.*-2. *La falta de transposición de los valores constitucionales en el sistema de acceso.*
- II. LA INSUFICIENTE PREDETERMINACION NORMATIVA Y SUS CONSECUENCIAS: SIN REGLAS DE JUEGO NO HAY COMPETICION POSIBLE.-1. *La predeterminación normativa y el derecho de acceso a la función pública del art. 23.2 CE.*-2. *Las SSTC 48/1998 y 76/1998: el significado del derecho a la predeterminación normativa o derecho a la ley del art. 23.2 CE.*-3. *La infracción del art. 23.2 «in fine» CE, 53.1 CE y 103, apartados 1 y 3 CE por los arts. 37.2 y 38.2 LRU.*-4. *Ejemplificación de que el legislador no ha establecido las condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, para acceder a la función pública universitaria.*
- III. UNA NOTA SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DEL ART. 23.2 CE EN EL MARCO DEL SISTEMA UNIVERSITARIO VIGENTE.

**I. PLANTEAMIENTO DE UN PROBLEMA: LA AUSENCIA DE REGLAS DE JUEGO O LA DEFICIENTE PREDETERMINACION DE LAS CONDICIONES RELATIVAS DE MERITO Y CAPACIDAD**

1. La endogamia y las consideraciones de escuela, consecuencia de un mismo fenómeno.

La anunciada reforma de la composición de las comisiones juzgadoras para la selección del profesorado (un miembro a propuesta del Departamento y los otros cuatro elegidos aleatoriamente) pretende combatir la indeseable endogamia universitaria, entendida como primacía o preferencia de la candidatura local.

Esta, sin embargo, no parece representar la quintaesencia de los males que aquejan al sistema de selección en España, como tampoco la adopción de la nueva regla supondría garantía de elección del mejor de los candidatos. Dejando ahora al margen otros modelos alternativos —a los que renuncia el borrador— y reduciendo el debate a las insuficiencias del vigente, la endogamia —practicada en ocasiones como reconocimiento de la carga desempeñada en la Universidad convocante— no es, en efecto, más que una variante menor del problema de base, al tiempo que su demostración más elocuente, a saber: la falta de criterios materiales o sustantivos, previamente establecidos, acerca de las condiciones de mérito y capacidad, en particular de carácter relativo (o de prelación entre candidatos), y la consiguiente libertad de apreciación —casi omnimoda— que ostenta la comisión para elegir al candidato que tenga por conveniente, sea el local o el foráneo, pero, basta con que así lo decidan tres de sus miembros, por encima o con independencia de cuál tenga más méritos y capacidad. Porque aquí radica la cuestión: ¿cuál es el perfil, en cada área de conocimiento, del mejor docente e investigador? ¿Cuáles son los méritos que deberán cultivarse a lo largo de los años? ¿Qué hay que hacer para ganar en las pruebas que se realizan ante la comisión? ¿Cómo se selecciona al más idóneo? La indefinición más absoluta por parte de la LRU (RCL 1983, 1856 y ApNDL 13793), de las normas que la desarrollan o de las mismas bases del concurso —tal es la carencia de fondo— permite decisiones muy alejadas de la justicia (luego veremos que también de la igualdad), como podrían estarlo las de los jueces que, en cualquier competición olímpica, no dispusieran de un cuerpo de criterios técnicos para determinar quién sea el mejor en gimnasia rítmica o en salto de trampolín. Por mantener la imagen: el déficit del sistema español no radica en que facilite la clasificación de malos deportistas, sino, más bien, en que deja a la libre apreciación de cada comisión la decisión acerca de quién sea el mejor de entre todos los olímpicos. Más gráfico aún: si, para unos, lo más importante es coger los cuatrocientos metros con elegancia, y, para otros, con rapidez, no habría competición posible.

Desde este concreto ángulo, por demás decisivo para salvaguardar la excelencia de la institución, la endogamia constituye la punta del iceberg, una simple expresión de un fenómeno de más largo alcance. Remendar una de sus desviaciones es, justamente eso, un remiendo de superficie, que olvida, por ejemplo, otra de sus manifestaciones más graves: las decisiones basadas en consideraciones de escuela.

Desde luego, no faltan modelos más impermeables a tales adherencias ni diagnósticos más completos. Pero si de lo que se trata es de abundar en el establecido cuando menos resulta obligado su ajuste y sintonía con la Constitución, que establece importantes referentes, ante todo un derecho fundamental a acceder a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo con un sistema inspirado en los criterios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]).

Según la Constitución, este derecho ha de ejercerse con los requisitos que previamente determine el ordenamiento (Ley, Reglamento, Bases). La ausencia de reglas de juego de carácter relativo, sin paralelo en la función pública española —además de suponer por sí misma, en mi opinión, una inconstitucionalidad por omisión, imputable en primer lugar al legislador (arts. 23.2, 53.1 y 103.3 CE)— permite, traducido en términos jurídicos, dos discriminaciones características: una, en razón del «territorio» (endogamia); otra, en razón del «nacimiento universitario» (consideraciones de escuela). La primera es evidente y las estadísticas hablan por sí solas. La segunda, más sutil porque no deja huella, no lo es menos, si se tiene en cuenta que de ordinario la incorporación o nacimiento a la carrera universitaria a través de la elección de un director de tesis entraña, no sin frecuencia, la adscripción a un equipo de investigación o a una escuela universitaria, lo que podrá ser determinante a lo largo de toda la vida académica, cuando el criterio de la pertenencia al grupo —ajeno a los principios de mérito y capacidad a que se refieren los arts. 23.2 y 103.3 CE— termina por erigirse en un dato cualificado y de mayor valor en el momento del acceso. En tal caso, el candidato que tenga más miembros de la escuela en el seno de la comisión obtiene la plaza. Cuando árbitro y jugador son del mismo equipo y, además, no hay reglamento, no le será difícil al primero justificar y vestir su decisión con un aparente juicio técnico. Si las consideraciones de escuela se imponen, se acabaría obrando como un equipo deportivo (el ciclismo puede ser un buen ejemplo) o como acostumbra los partidos políticos en el parlamento. El problema estriba en que la Constitución predica el mérito y la capacidad de los individuos, no de los grupos en los que se inserta y, además, prohíbe explícitamente tales formas de discriminación. Un equipo de fútbol, desde luego, puede fichar libremente a quien más convenga a sus intereses o necesidades. Pero la incorporación a las escuelas universitarias no tiene por qué estar

presidida por las reglas de los arts. 23.2 y 103.3 CE (publicidad y libre concurrencia; previo establecimiento de los criterios de selección; etc.). Y aunque de hecho lo estuviera, ello no aseguraría por sí solo que el candidato de un equipo o escuela sea mejor que el de la otra. La competición tendría que disputarse en buena lid. El prestigio y autoridad moral de una escuela universitaria podrá, eso sí, constituir aval de que todas sus incorporaciones están marcadas por la excelencia, como acontece con los fichajes de los mejores equipos de fútbol, pero no de que sus miembros sean mejores en todo caso, de que carezcan de rival. La presencia de magníficos jugadores en un equipo no exime de la celebración del partido. Cuando a la falta de reglas de juego, de referentes objetivos previamente establecidos, se añaden las consideraciones de escuela, la competición se subvierte y no resulta difícil sustituirla por la simple fuerza de los votos de sus árbitros. En ese contexto, si la discriminación se consuma, no cabrá remedio judicial alguno, no ya sólo porque la libre decisión de la comisión, revestida de carácter técnico, habrá quedado blindada ante los tribunales, sino, aún antes, porque el juez, que lo es de la legalidad, no tendrá parámetros con los que contrastar la actuación administrativa<sup>1</sup>.

Reducir esa completa libertad de la comisión o, dicho en positivo, preestablecer criterios para saber quién ha de ser el ganador como en cualquier juego o competición, no es sólo, pues, una garantía de acierto, de objetividad o de certeza en unas reglas mínimas para los que se van formando a lo largo de los años con vistas a adquirir un día la condición de profesor universitario, sino también un mandato imperativo de la Constitución en pro de la igualdad de oportunidades, que hoy por hoy no satisface la Ley de Reforma Universitaria.

1. Cuando se producen estas formas de discriminación, en razón del territorio o del nacimiento, bien puede decirse que siguen ancladas en el Antiguo Régimen y sus privilegios feudales, y en el que ese nacimiento determinaba de por vida la posición de los individuos. Algo que el principio de igualdad proclamado hace doscientos años creía haber desterrado. Como han recordado las SSTC 27/1982 (RTC 1982, 27) y 126/1997 (RTC 1997, 126), en la sociedad del Antiguo Régimen «no regía el principio de igualdad ante la ley, sino cabalmente el contrario, ya que las personas tenían más o menos derechos según pertenecieran o no a alguno de los estamentos privilegiados». Aquí y ahora, el «nacimiento universitario», en no pocos casos, bien sea en su dimensión geográfica (en el seno de una Universidad), o bien «familiar» (en el seno de un equipo de investigación o de una escuela universitaria) parece seguir teniendo un peso específico.

El sentido originario del derecho al acceso a los cargos y funciones públicas —por más que pareciera superado— mantiene así su plena vigencia aún hoy. La afirmación de la Declaración de 1789 de que todos podían aspirar en condiciones de igualdad, a todas las funciones y cargos públicos, sin otra diferencia que la que resulta de sus virtudes y talentos (artículo VI), reiterada en nuestras Constituciones, pretendía imponerse sobre la sociedad estamental proscribiendo toda diferenciación basada en el nacimiento para el acceso a los cargos y funciones públicas. Vid. para una visión completa del art. 23.2 CE, M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 CE*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

Por ello, si se apuesta por mantener el sistema, en algo contribuiría que se sentaran ciertas reglas, siquiera mínimas, para discernir, dentro de cada área, quién sea el mejor. Así, por ejemplo, desde la mayor antigüedad y dedicación efectivas; la experiencia docente; eventuales estancias en centros de investigación, becas, premios o reconocimientos, nacionales e internacionales; pasando por la dirección de trabajos o creación de redes al servicio de los estudiantes; ponencias en congresos; hasta el número y calidad de las publicaciones, nacionales e internacionales; etcétera.

Hay otros medios, desde luego, de asegurar la efectividad de los valores que el indicado derecho fundamental encarna (y ahí la experiencia comparada puede ser ilustrativa). Pero esa reflexión, más sugerente y positiva, queda para otra ocasión. En términos constitucionales, sin embargo, la cuestión no reside, en contra de lo que pudiera pensarse, en subir el volumen de los criterios absolutos o mínimos que todos los candidatos deban satisfacer (un mayor número de pruebas; una mayor antigüedad para concursar, por ejemplo), puesto que ello sólo garantiza que el listón que todos han de superar se sitúa más alto, pero no resuelve el problema de fondo que aquí se apunta: la inexistencia de criterios de prelación entre aquellos que han superado esos requisitos.

Lo que ahora conviene destacar es que la falta de intervención positiva del legislador, formal y material, impide el ejercicio mismo del derecho fundamental y que cuando, a pesar de ello, se celebra el concurso y se consuma la discriminación, la quiebra de aquél, aunque fuere tan grave como manifiesta, resultará irremediable. De mantenerse el modelo, la primera solución pasa por la predeterminación normativa. Si ésta no se produce, la situación tiene difícil, si bien no imposible, remedio judicial. El legislador tiene la primera palabra, como siempre. La segunda, la Administración. Si uno y otra callan, quien tiene la última palabra, los jueces y tribunales, poco pueden hacer ante un derecho de configuración legal sin configurar, si no es justamente eso: denunciar ese silencio. Veámoslo más despacio.

2. La falta de transposición de los valores constitucionales en el sistema de acceso.

Es evidente que no todo lo que desde ciertos parámetros pueda calificarse de injusto deviene por ello y sin más ilegal y, menos aún, inconstitucional. En algunos casos, sin embargo, la reprobación de una conducta considerada socialmente injusta o contraria a la ética encuentra eco en la Ley y en la misma Constitución (piénsese, v. gr., en las formas más burdas de discriminación). Parece lógico suponer que, cuando convergen la conciencia social, la prohibición de la Ley y el

mandato explícito de la Constitución, el ordenamiento jurídico habrá sabido poner remedios en manos de quienes la padecen, si no para evitarla, al menos para dispensar la reparación adecuada. No obstante lo cual, esa previsible respuesta del Derecho se ve frustrada, v. gr., cuando el legislador, con su omisión, no sólo permite o ampara actuaciones semejantes, sino que al tiempo y por consecuencia impide su restablecimiento.

Aquí nos importa una de las eventuales versiones de esa problemática: cuando el puente que ha de tender el legislador entre los valores constitucionales que encierra un derecho de configuración legal, de un lado, y la acción administrativa, de otro, se queda a mitad de camino, las dos orillas quedan desconectadas. Dicho de otro modo: si la norma, por su incomplitud, no articula ni establece fórmula alguna que sintetice o exprese, en los términos que tenga por conveniente, los principios de mérito y capacidad (por no fijar, por ejemplo, criterio alguno de prelación), habrá una fractura entre el artículo 23.2 CE y la acción administrativa: todo quedará confiado entonces al referente ético con que pueda actuar la comisión evaluadora; no al Derecho, que calla; ni a su coercibilidad; imposible por inalcanzable<sup>2</sup>.

Esta simple observación sirve de marco para nuestra reflexión acerca del sistema postconstitucional de acceso a la función pública universitaria hoy vigente. La tesis que aquí se sustenta, pues, se condensa en que el modelo de acceso diseñado por la LRU y el Real Decreto 1888/1984, de 26 septiembre (RCL 1984, 2503, 2976 y ApNDL 2076), que la desarrolla, no se ajusta a la Constitución:

-En primer lugar, por su contradicción directa con cuanto disponen los arts. 53.1 y 23.2, señaladamente en su último inciso, y el art. 103.3 CE al tiempo que, de modo reflejo, por el bloqueo que ello puede aparejar para el art. 24.1 CE. Naturalmente, su inconstitucionalidad no radica en que el juicio técnico que emiten las comisiones evaluadoras sea «per se» o tendencialmente contrario al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, de acuerdo con el mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE); ni tampoco en que ese juicio no resulte revisable ni sustituible por el de los jueces y tribunales (art. 24.1 CE); obedece, por el contrario, a que no se ha satisfecho el deber positivo, que pesa sobre el legislador, de regular el ejercicio de los derechos constitucionales (arts. 53.1 y 23.2 «in fine» CE) y, por tanto, se infringe

2. Es innecesario observar que no son pocos los universitarios que no tienen otra obediencia debida que la búsqueda de la verdad, para los que hacer escuela no está por encima del mérito y capacidad de extraños y, por ello, no discriminan en razón del territorio o del nacimiento. No obstante lo cual, y por más que la actitud de tantos pueda ser exquisita, no se redime de sus déficit por ello al sistema.

simultáneamente la prohibición, que también deriva de la citada reserva legal, de abandonar el ejercicio de un derecho fundamental a la discrecionalidad técnica de la Administración sin mediar una norma sobre sus aspectos sustantivos.

-Por efecto y consecuencia de tal déficit regulativo, en segundo lugar, la competición que es inherente al derecho fundamental a que se refiere el art. 23.2 CE deviene sencillamente imposible, como fruto de la falta de todo criterio relativo o de prelación entre los que superan las pruebas (nótese que no se trata de aprobar sin más, como en un examen académico, sino de elegir al mejor).

Consideremos conjuntamente estas dos dimensiones del problema (insuficiencia normativa, formal y material; y omisión de los elementos constitucionales en la configuración del derecho) a través de uno de los planos en que ambas parecen darse cita: la predeterminación normativa del art. 23.2 Constitución Española.

## II. LA INSUFICIENTE PREDETERMINACION NORMATIVA Y SUS CONSECUENCIAS: SIN REGLAS DE JUEGO NO HAY COMPETICION POSIBLE

1. La predeterminación normativa y el derecho de acceso a la función pública del art. 23.2 Constitución Española.

Según el art. 23.2 CE, interpretado por la jurisprudencia constitucional, todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad<sup>3</sup>, «con los requisitos que señalen las leyes». Además de esa reserva legal específica dispuesta por el último inciso del citado precepto, es de recordar la reserva general que para la regulación del ejercicio de todos los derechos y libertades constitucionales sienta el art. 53.1 CE («sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades»). Por si fuera poco, el art. 103.3 CE dispone que «la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...» Adviértase también que aquí y ahora no se está haciendo referencia a la temática de la reserva absoluta o relativa de ley, ni tampoco a la frontera entre la ley formal y material, esto es, a

3. El Tribunal Constitucional español ha reiterado desde la STC 50/1986 (RTC 1986, 50) que el art. 23.2 CE debe interpretarse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad «ex art.» 103.3 CE. Véase, por ejemplo, STC 67/1989 (RTC 1989, 67). Tal conexión sistemática ha sido igualmente recordada por la STC 174/1996 (RTC 1996, 174) (cfr. F. 2 y la jurisprudencia allí citada). Para una comprensión más acabada de las dimensiones del derecho, y en particular, sobre la indicada conexión, *vid.* la reciente STC 76/1998 (RTC 1998, 76), F. 3, b. Sobre el tema, *vid.* de nuevo M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del art. 23.2 CE*, cit.

partir de cuándo resulta lícita la remisión o la llamada a la colaboración reglamentaria sin menoscabo de tales reservas legales, sino, más bien, a una cuestión previa y más elemental: a la falta de suficiente cobertura y predeterminación para el ejercicio de este derecho, en la medida en que ni la ley ni el reglamento han regulado sus elementos capitales.

De la estructura y fisiología propias del derecho de acceso a la función pública residenciado en el art. 23.2 CE conviene destacar, a nuestro limitado propósito, tan sólo dos aspectos:

a) La valoración del mérito y capacidad de los candidatos — principios que integran el contenido constitucional del derecho — requiere, inexcusablemente, de la colaboración técnica, de la participación de los expertos, sin que la norma (legal o reglamentaria, o las bases del concurso, v. gr.) puedan agotar la materia o, menos aún, garantizar una aplicación automatizada a cada caso concreto. Parece evidente que la Administración ha de realizar, en definitiva, un juicio técnico de «subsunción» de las circunstancias singulares de cada aspirante en punto al mérito y capacidad en el presupuesto de hecho de la norma (discrecionalidad técnica, según la doctrina italiana y española; o margen de apreciación, en la nomenclatura alemana). En palabras del Tribunal Constitucional: «Hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadoros compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo»<sup>4</sup>. De ahí que esté vedada — tal es la razón de ser de la precedente afirmación — la intervención de órganos que, sin tal cualificación técnica, puedan revisar la valoración realizada por aquellos que sí la poseen, incidiendo en los aspectos materiales de los procedimientos selectivos y entrando a ponderar la capacidad y los méritos de los concursantes o de los opositores<sup>5</sup>.

b) Pero tal colaboración técnica, como la otra cara de la medalla, no puede actuar sin la preexistencia de ciertos criterios o elementos de juicio por abstractos o principales que éstos sean. En otros términos, no es posible el ejercicio del derecho por parte del ciudadano ni el desempeño de tales potestades administrativas por parte de las comisiones o tribunales evaluadores sin el previo establecimiento de las condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, como tampoco sería imagi-

4. Cfr. STC 174/1996, F. 2.

5. *Ibidem*.

nable el ejercicio de un hipotético derecho a circular con vehículos de motor, si no se abren antes las calzadas y vías de comunicación. Las condiciones de igualdad en el acceso a la función pública, y no sólo en qué haya de consistir el mérito y la capacidad para cada puesto, sólo pueden preservarse, y aún antes, establecerse, mediante la intervención positiva del legislador. Dicho de otro modo, la configuración legislativa se hace imprescindible, pues no se trata de medir o sopesar la capacidad y el mérito en abstracto, sino en régimen de concurrencia, en condiciones de igualdad, es decir, el mérito y capacidad de cada uno de los aspirantes a una concreta función pública, el mejor, lo que exige la determinación de los criterios en que se resuelve el tratamiento igual o uniforme, al tiempo que divergente (criterios de prelación, etc.). Valga el ejemplo antes citado: no se mide la aptitud deportiva en abstracto de cada uno de los participantes, sino cuál sea el ganador de la prueba; no se trata de aprobar un examen universitario, sino de repartir las plazas convocadas entre los aspirantes.

Podría afirmarse, en suma, que la falta de regulación suficiente de los elementos nucleares del art. 23.2 CE hace impracticable el derecho conforme a la Constitución, en primer lugar en lo que hace a las condiciones de igualdad, puesto que el juicio técnico de la Administración, a lo sumo, sólo asegurará que cada aspirante, individualmente considerado, reúne mérito y capacidad (por ejemplo, para acceder a la condición de profesor universitario), pero nunca cuál sea el *mejor* de los candidatos que concurren, cuando la norma no prefigura criterio alguno de *prelación* que tendrían que ser barajados, para cada caso, según el leal saber y entender de la mayoría del tribunal o comisión. La ausencia de norma cierta y común impide no sólo la certidumbre y seguridad jurídicas, sino también una veraz igualdad de oportunidades. El silencio sobre las reglas de juego supone —como abundaremos en el núm. 2 siguiente— una quiebra de la igualdad en la ley.

Desde luego, podrá debatirse acerca de si el reproche de inconstitucionalidad cabe atarlo en torno al último inciso del art. 23.2 CE (con los requisitos que establezcan las leyes), o, por el contrario, en derredor del art. 53.1 CE (sólo por ley podrá regularse el ejercicio del derecho) y del 103.3 CE («la ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...»). Incluso podría conjeturarse si la reserva legal, aunque no hubiera sido establecida por el constituyente, se halla ínsita en la «naturaleza de las cosas» puesto que las condiciones de igualdad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad son sencillamente imposibles sin la intervención positiva del legislador. Y todo ello sin contar que la falta de cobertura legal

también afecta al ejercicio de unas potestades administrativas, que se ven desprovistas del apoyo normativo necesario y, por tanto, deslegitimadas: la actuación administrativa no puede actuar sometida a la Ley y al Derecho, como prescribe el art. 103.1 CE, al no existir criterios objetivos que tracen o configuren el modo y la forma de ejercer el derecho con respeto del contenido constitucionalmente garantizado.

Con todo, no es preciso, a nuestros efectos, hacer aquí una reflexión de más largo alcance sobre el significado que es dable otorgar a cada una de estas reservas, desde un punto de vista sistemático, esto es, si, por ejemplo, la referencia del art. 23.2 CE (con los requisitos que señalen las leyes) alude más bien a los requisitos o presupuestos previos de admisibilidad (edad, nacionalidad, titulación, v. gr.), en tanto que la más general del art. 53.1 CE en relación con la expresa y específica determinación del art. 103.3 CE estarían prescribiendo la intervención legislativa para determinar cuáles son esas condiciones de igualdad y de prelación y en qué haya de consistir el mérito y capacidad en cada caso (p. ej. ciertos elementos comparativos o de contraste: *mayor* antigüedad; *mejor* conocimiento de idiomas; *más* publicaciones de determinado tipo; etc.). La radical insuficiencia regulativa en punto a la igualdad, mérito y capacidad —elemento nuclear y razón de ser del derecho— nos permite un planteamiento más simple y elemental. Ante su eventual lesión, el justiciable siempre podría invocar, a partir del derecho mismo, cuando menos, la infracción del art. 23.2 CE en relación con el 103.3 CE, o también alegar que la insuficiencia regulativa de esos elementos básicos, sin los cuales no puede ser viable el derecho, vicia materialmente al acto impugnado<sup>6</sup>.

Recapitulando: el cuadro anterior revela que la Constitución no somete el acceso a la función pública a una mera predeterminación normativa, formal y material, con el solo propósito de ofrecer una cobertura legal capaz de brindar seguridad o certidumbre jurídicas a los ciudadanos y legitimidad a la actuación administrativa. No se trata de una predeterminación «incolora» o sin dirección específica alguna. Conlleva igualmente una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de la intervención legislativa como único modo de establecer y configurar cuáles hayan de ser las condiciones de igualdad, y los elementos para determinar el mérito y capacidad, esto es, como forma de hacer realidad unos abstractos e informes valores constitucionales. Hace ya algunas décadas que la venerable profesora Edith Eisler, pionera en tantos temas, pudo advertir con singular clarividencia

6. De interés resultan, en lo que aquí interesa, las SSTS (Sala Tercera) de 25 y 30 junio 1997 (RJ 1997, 5428 y 6310), en relación con la ley y la función pública. *Vid. infra* núm. III.

la función material que asume la norma previa en relación con los derechos de configuración legal y, en particular, con el de acceso a la función pública<sup>7</sup>.

Sentada la premisa mayor (los perturbadores efectos dimanantes del déficit normativo cuando la predeterminación legal resulta exigible e indispensable), es preciso intentar la demostración de la menor: que las únicas normas reguladoras del acceso a la función pública universitaria adolecen de esa radical insuficiencia. Antes, sin embargo, conviene recordar que cuanto aquí se ha dicho tiene expreso respaldo en la jurisprudencia constitucional.

2. Las SSTC 48/1998 (RTC 1998, 48) y 76/1998 (RTC 1998, 76): el significado del derecho a la predeterminación normativa o derecho a la ley del art. 23.2 Constitución Española.

A través de un recurso de amparo en el que se cuestionaba la licitud de la relación de puestos de trabajos como instrumento para establecer determinados requisitos de acceso, la STC 48/1998 (Sala Segunda) hubo de hacer una reflexión previa acerca del sentido de la garantía material del derecho a la predeterminación normativa, como derecho ínsito en el art. 23.2 CE. La doctrina constitucional puede sintetizarse del siguiente modo: los titulares del derecho fundamental tienen derecho a que se establezcan previamente las reglas de juego, tanto de carácter absoluto como relativo, en términos de mérito y capacidad.

• Con carácter general, cabe afirmar que la Constitución reserva a la ley y, en todo caso, al principio de legalidad entendido como existencia de norma jurídica previa, el ejercicio del derecho fundamental a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad, de acuerdo con el mérito y capacidad (art. 23.2 CE: "con los requisitos que señalen las leyes"; art. 53.1: "Sólo por ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"; art. 103.3: "la Ley regulará... el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad..."; art. 103.1: "con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho"). A ello ha de añadirse que el derecho "ex art." 23.2 CE es un derecho de configuración legal y, por ello, la fijación "ex ante" de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función, es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo (*vid.*, entre otras, STC 10/1989 [RTC 1989, 10], F. 3).

7. Cfr. *Der Zugang zum öffentlichem Dienst*, en *FS zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, vol. II, 1960, pgs. 330-333, 335-341, y la jurisprudencia allí citada.

Ha de reconocerse, pues, que tales condiciones sólo pueden preservarse y, aun antes, establecerse, mediante la intervención positiva del legislador. Y que, además, esa exigencia es más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que cuando, dentro ya de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa (cfr., entre otras, STC 192/1991 [RTC 1991, 192], F. 4). Resulta claro, en suma, que la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública, de conformidad con los indicados principios constitucionales. Una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible; en su caso, el ulterior control jurisdiccional y, con él, el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), puesto que el juez —que lo es de la legalidad— tendrá así un parámetro con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas (arts. 106.2 y 24.1 CE), sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración —la calificación técnica del órgano calificador— por la judicial. Desde esta perspectiva, por otra parte, se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso (arts. 23.2 y 103.3 CE, SSTC 67/1989 ó 174/1996 [RTC 1996, 174], entre otras), aunque no pueda ser cuestionada autónomamente en este proceso, forme parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad»<sup>8</sup>.

8. Cfr. F. 7, a.

Seguidamente añade, aunque ya con menor interés para el supuesto que nos ocupa puesto que en nuestro caso la falta de predeterminación normativa es completa, que:

«Ahora bien, cuanto antecede no impide que la ley formal pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación, habida cuenta de que no se trata de una reserva absoluta de ley. Antes al contrario, y por lo que se refiere a la regulación de los requisitos de acceso, "en cada supuesto concreto de acceso a un cargo o función pública, la remisión a las leyes que dicho precepto contempla ha de ponerse en conexión con las previsiones que la propia Constitución establece en cuanto a la normativa sustantiva de unos y otros cargos y funciones públicas y muy en especial, en lo que concierne al rango o tipo de norma que deba regular el acceso a toda clase de cargos y funciones... En lo que atañe al acceso a cargos y funciones en las Administraciones Públi-

Por su parte, la STC 76/1998 (Sala Primera), de indudable interés por la visión panorámica que ofrece de las dimensiones que el art. 23.2 CE encierra<sup>9</sup>, reiterará en iguales términos el razonamiento antes transcrito, y califica expresivamente el derecho a la predeterminación normativa «ex art.» 23.2 CE de «derecho a la ley»<sup>10</sup>. De la Sentencia se infiere, por lo demás, que los elementos de mérito y capacidad que integran el contenido de este derecho se hallan conectados y al servicio de la igualdad *en la ley*, en el sentido de que sólo una ley escrita, previa y cierta, igual para todos, puede hacer realidad un acceso a la función pública en igualdad de condiciones. En cambio, el art. 23.2 CE, en su vertiente de igualdad *en la aplicación de la ley*, no garantiza que tales criterios sean correctamente aplicados por la Administración en cada caso y, por consiguiente, su eventual lesión no podrá ser invocada en el recurso de amparo, aunque sí, como es obvio, ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>11</sup>.

Cinco son los rasgos que ahora interesa subrayar de la referida doctrina del máximo intérprete de la Constitución:

- a) Que en un derecho de configuración legal como el que aquí se considera *la previa transposición*, eso sí en los términos que el legislador tenga por conveniente, de los valores constitucionales (igualdad, mérito y capacidad) «es la única forma en que puede ejercerse el derecho mismo»<sup>12</sup>. No es sólo, pues, que la interven-

cas, la remisión a las leyes que efectúa el art. 23.2 debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el art. 103 de la Constitución, particularmente en su apartado 3. Pero según señalamos en la STC 99/1987 (RTC 1987, 99), 'no puede afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de ley presente en el art. 103.3 CE impida en términos absolutos todo tipo de remisión legislativa al reglamento' (cfr. STC 47/1990 [RTC 1990, 47], F. 7).

Que resulta lícito y posible según la Constitución establecer requisitos por vía reglamentaria es algo que ha reiterado nuestra jurisprudencia, con los límites y condiciones que en ella se han expresado (así, *vid.* STC 47/1990, F. 7). Desde esa perspectiva, resulta constitucionalmente admisible que, al servicio de la organización administrativa, la Ley, que tampoco puede agotar la materia, recurra a un instrumento técnico como la Relación de Puestos de Trabajo a través del cual se realice la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, con precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo (*vid.* art. 15.1 de la Ley 30/1984 [RCL 1984, 2000, 2317, 2427 y ApNDL 6595], de Medidas para la Reforma de la Función Pública), con mayor razón cuando de lo que se trata no es de regular las condiciones de acceso a la función pública, como de definir las características esenciales de los puestos de trabajo a desempeñar por personal que ya es funcionario» (*ibidem*).

9. Cfr. F. 3.

10. Cfr. STC 76/1998 F. 3, a.

11. Tal es una consecuencia que cabe derivar de una interpretación sistemática de la entera STC 76/1998, desde los antecedentes al fallo y, en particular, de su F. 3 (letra «c» por contraste con las «a» y «b»).

12. Cfr. STC 48/1998, F. 7, a.

ción positiva sea una fórmula para su protección, sino, más aún, para su mismo establecimiento y existencia.

b) Que la predeterminación representa una garantía de orden material —de la vigencia de los valores constitucionales que consagra el art. 23.2 CE en relación con el 103.3 CE—, y no sólo una mera regla de reparto de poder entre la ley y el reglamento. Una y otro, en su conjunto, han de incorporar esos criterios.

c) Que, además, tal garantía reequilibra el juego y la posición de cada uno de los poderes públicos: el legislador, formal y material, diseña las líneas del sistema y transpone los referidos valores; la Administración (el órgano calificador) no actúa entonces «con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE»; y «el juez —que lo es de la legalidad— tendrá así un parametro con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas»<sup>13</sup>, haciendo con ello posible el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

d) Que el derecho a la predeterminación puede ser, también, invocado en el proceso de amparo, por referencia siempre a los principios de mérito y capacidad, razón de ser de esta garantía material y verdadera unidad de medida para constatar su alcance. No es posible, por tanto, alegar autónomamente o en abstracto la insuficiencia de la predeterminación normativa si no es por conexión a tales valores. Resultará obligado entonces acreditar que las normas no han dado traslado de los criterios del mérito y capacidad o no lo han hecho de forma suficiente. En otras palabras, al margen y con independencia del juego y equilibrio exigibles entre la ley formal y la material, es lo cierto que en el conjunto normativo han de ser reconocibles e identificables cuales sean «los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función» (*ibidem*, F. 7, a)<sup>14</sup>.

Como acontece, pues, con el derecho a la ley en el ámbito penal (art. 25.1 CE), son los valores constitucionales que esta garantía material encarna, los que habrán de indicar en cada caso el peso y la medida de la predeterminación normativa, esto es, dónde se localiza el *minimum* exigible. No se trata, pues, de que

13. Cfr. STC 48/1998, F. 7, a.

14. No es posible, pues, alegar, por ejemplo, que unas bases no han previsto un determinado mérito. Se trata, por el contrario, de un *juicio a la totalidad* del conjunto normativo (ley, reglamento y bases, en su caso).

haya más o menos cantidad o densidad de normas previas, sino de que quede suficientemente asegurada la competición según principios constitucionales.

e). Y, en suma, que la igualdad *en la ley* en el ámbito del derecho fundamental del art. 23.2 CE no sólo prohíbe cualquier diferenciación que no sea inmediatamente reconducible a los principios de mérito y capacidad, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, sino que, aun antes, impone la existencia de la ley cierta y previa para el acceso a la función pública, en cuanto vehículo que sirva de trasplante de tales valores. Sólo así se puede hablar de *igualdad en la ley* cuando las reglas de juego están escritas antes de la competición y en ellas pueden mirarse todos por igual; cuando la competición tiene *lex scripta, previa y certa*.

A mi juicio, la importancia de estas Sentencias resulta trascendental para el caso que nos ocupa, si se tiene en cuenta que el sistema de acceso a la función pública universitaria no satisface esos mínimos, como a continuación se indica. El problema de un derecho de configuración legal como el que luce en el art. 23.2 CE es que no puede ser ejercido sin intermediación legal, ni siquiera en su contenido constitucional mínimo, a diferencia de lo que acontece con otros derechos fundamentales —en particular, los de defensa o libertad—. En tal hipótesis, pues, el derecho (*vid.* art. 53.1 CE) queda reducido a un principio o valor interpretativo e informador, como si se tratara de un mero principio rector de la política social y económica (art. 53.3 Constitución Española).

3. La infracción del art. 23.2 «in fine», 53.1 y 103, apartados 1 y 3 CE por los arts. 37.2 y 38.2 Ley de Reforma Universitaria.

Pues bien, que los citados preceptos de la LRU, en primer término, no contienen criterios relativos de mérito y capacidad se desprende por sí solo, a resultas de cuanto antecede, si se examina cuál es el régimen legal, que seguidamente se expone.

No nos interesan ahora los requisitos previos para poder concursar (nacionalidad, edad, titulación, etc.), que se dan aquí por supuestos, sino tan solo los elementos básicos que integran el núcleo mismo para acceder a la plaza. Tampoco es necesario detenerse en el régimen —igualmente deficitario— de cada una de las figuras. Baste con ejemplificarlo con el acceso a la cátedra. A tal efecto, la única disposición legal concerniente al ingreso en el Cuerpo de Catedráticos de Universidad (art. 38.2, segundo párrafo, de la LRU), dispone lo siguiente:

«Se celebrará públicamente mediante dos pruebas que consistirán en la presentación y discusión con la Comisión de los mé-

ritos e historial académico e investigador del candidato, así como de su proyecto docente, y en la exposición y debate de un trabajo original de investigación».

Por su parte, los Reglamentos de desarrollo nada añaden (en particular, el RD 1888/1984, de 26 septiembre, y las normas que lo han modificado), más allá de una regla formal y relativa cual es la de que la primera prueba tendrá como mínimo un valor doble [art. 8, a)] y una regla genérica, según la cual, dentro del primer ejercicio, las actividades de investigación son mérito prioritario [art. 8.2, a)]; pero nada indican sobre cómo valorar esas actividades, ni siquiera con una referencia de principio, como tampoco cualesquiera de los elementos que integran el currículum investigador, menos aún del docente, o de las restantes partes de las dos pruebas. El alto porcentaje de endogamia<sup>15</sup> y, en todo caso, las no pocas ocasiones en las que los propios expertos discuten el mayor mérito investigador del candidato propuesto pueden explicarse, en parte, por prácticas desarrolladas al amparo de esta «alegalidad».

No requiere más análisis la evidencia de que la LRU, en primer término, y el citado Reglamento, en segundo lugar, nada dicen acerca de la valoración del currículum («méritos e historial académico e investigador del candidato»), elemento esencial para determinar el mérito y también la capacidad, ni menos aún, acerca del proyecto docente, como tampoco del trabajo original de investigación. No hay baremo alguno. Ni pauta o criterio general, siquiera aproximativo. No se facilitan elementos de juicio mínimos, tampoco por áreas de conocimiento. No se desglosan los diversos aspectos que un currículum puede encerrar. No se apuntan qué cualidades son preferibles en un proyecto docente o en un trabajo de investigación. Nadie sabe (ni el candidato, ni la comisión, y menos aún, en su caso, el juez) si, por ejemplo, ha de primarse el hecho de que un candidato tenga una mayor antigüedad efectiva que haya sido además reconocida (v. gr., a través de más sexenios de investigación) frente a otro; o si el mayor número de publicaciones en revistas y editoriales de prestigio, nacionales e internacionales, debe de servir, al menos como indicio, de una mejor cualificación; etc. Cada candidato, cada miembro de la Comisión, puede tener su particular opinión sobre el conjunto de elementos que componen el concurso. En términos constitucionales: nadie sabe en qué consisten esas condiciones de igualdad, de mérito y capacidad para ingresar en los Cuerpos universitarios. El legislador ha abandonado la materia y le ha atribuido a la Comisión una discrecionalidad casi absoluta. A la vista de los candi-

15. Vid., v. gr., S. DEL SAZ, *Las oposiciones a cátedra*, Revista de Administración Pública núm. 144 (1997), pgs. 75-95.

datos presentados, la Comisión podría sin dificultad, por hipótesis, subrayar un elemento del currículum de uno de los candidatos o del trabajo de investigación para justificar su decisión. Con todo, la inconstitucionalidad de esa falta de predeterminación radica en su origen, esto es, en el correspondiente precepto regulador de la LRU, del mismo modo que una ley penal en blanco es de suyo contraria al art. 25.1 Constitución Española.

4. Ejemplificación de que el legislador no ha establecido las condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, para acceder a la función pública universitaria.

Como se ha reiterado, la falta de intervención positiva del legislador para fijar las reglas de juego entraña, cuando el déficit es absoluto o grave, la completa o práctica inexistencia de los valores constitucionales de mérito y capacidad en el sentido y a los efectos de los arts. 23.2 y 103.3 CE y, con ello, la lesión del derecho a la igualdad en la ley y la imposibilidad del ejercicio del derecho fundamental «ex art.» 23.2 Constitución Española.

Para mejor ilustrarlo respecto del plano universitario veámoslo con algunos ejemplos en forma de interrogante:

-En punto a la antigüedad y a la dedicación: ¿Qué valor ha de darse a la antigüedad efectiva? ¿merece alguna consideración especial el hecho de que un candidato tenga reconocidos más sexenios de investigación y quinquenios de docencia que otro? ¿debe tenerse en cuenta que un candidato es más antiguo como doctor y/o como Profesor Titular? ¿Cabe valorar la dedicación exclusiva a la Universidad? ¿Es un argumento relevante el que un candidato posea currículum extrauniversitario, como determinadas experiencias profesionales o la pertenencia a otros Cuerpos de Funcionarios o, por el contrario, sólo han de considerarse el currículum académico e investigador? El legislador podría, por ejemplo, sin especial dificultad optar por algún criterio, aunque sea mínimo (v. gr.: disponiendo que la mayor antigüedad efectiva como Profesor Titular con dedicación exclusiva sea al menos un elemento de más peso a considerar). No ha sido así, sin embargo, y una comisión podría primar en este particular aspecto -que por ser un elemento formal tampoco hubiera sido tan difícil de medir- a un candidato que sea varios años más joven, con la mitad de sexenios de investigación y quinquenios de docencia -o incluso sin éstos bien sea por su evidente juventud, o por no tener dedicación exclusiva-. En el seno de cada disciplina se generan usos, tradiciones o praxis, de las que lo más que puede decirse es que no traen su causa de la ley, cuando no, en otras ocasiones, que

son sencillamente incompatibles con los principios de mérito y capacidad.

-En relación con las becas y premios, elemento eventual del currículum: ¿Cómo pueden valorarse los premios y reconocimientos nacionales e internacionales? Y, en su caso, ¿podría establecerse una suerte de escala o clasificación según el organismo concedente? ¿Cómo sopesar las becas de investigación concedidas o disfrutadas, sean nacionales o internacionales? Es éste, desde luego, un tema de difícil valoración, que, de llevarse hasta sus últimas consecuencias, traería otras muchas implicaciones concernientes a su previo otorgamiento (entre otras, según los casos, que éste respondiera igualmente a los criterios del art. 23.2 CE). Pero, en alguna medida, podría mensurarse -en cuanto expresión de un currículum académico e investigador-, máxime si los concedentes gozan de independencia y prestigio. Al menos -y ello podría admitirlo la norma- no es lo mismo un candidato que haya obtenido los premios oficiales de su Universidad, las más importantes becas que concede la Administración nacional y algunas becas internacionales prestigiosas, que otro candidato que no haya obtenido ninguno de esos premios o becas. La norma, por ejemplo, podría fijar que se tenga en cuenta en este extremo, como dato de contraste y de más valor, a aquel candidato que, en conjunto, haya sido acreedor a un acervo más importante de premios y becas, nacionales e internacionales. Nada de ello dice la norma y tampoco son infrecuentes resultados patológicos en este apartado («apartado» que, en todo caso, es ideal, puesto que la LRU y su bloque de desarrollo, como se ha visto, no disecciona los diferentes elementos de un currículum académico e investigador).

-En cuanto a la docencia: ¿Cabría ponderar la calidad de la docencia? ¿Tendrían aquí cabida especiales prestaciones en favor de los estudiantes, como, v. gr., la creación de redes internacionales de intercambio de estudiantes con el exclusivo propósito de mejorar su formación? ¿Habría que barajar la dirección de trabajos de investigación, como tesis doctorales? ¿Resulta legítimo tener en cuenta que uno de los candidatos trabaje en la misma Universidad o el hecho de que haya ocupado la plaza en comisión de servicios o, por el contrario, no es un elemento que deba ponderarse? ¿Importa una dedicación exclusiva a la Universidad y un mayor número de quinquenios de docencia? Sabido es que nada de ello establece la LRU (como tampoco las normas e instrumentos que la desarrollan) y que, en la práctica, los criterios de las comisiones (formadas «ad casum» y aleatoriamente) son del todo

heterogéneos. En ocasiones, v. gr., la dedicación exclusiva no se tiene en cuenta (incluso, así se ha dicho públicamente, representa un indicio «negativo» de incapacidad para acometer tareas profesionales); en otros casos, la proveniencia de la misma Universidad convocante constituye un elemento relevante de valor añadido, con mayor razón si se venía ocupando una plaza en tal Universidad para ir preparando el concurso. Pero ello no es más que una «praxis administrativa» o un valor entendido, más o menos extendido según los casos, no un criterio objetivo fijado por la Ley.

—Y en cuanto a las publicaciones, punto crucial del mérito y de la capacidad investigadora: ¿Cómo contrastar y, en su caso, comparar el número y calidad de las publicaciones? ¿qué valor cabe reconocer en las monografías, los artículos, comentarios, etc.? ¿Importa la editorial, la revista o la nacionalidad de la publicación? ¿las traducciones cuentan? ¿con qué condiciones? etc. La falta de predeterminación es absoluta; no se facilita, siquiera sea por aproximación, algún elemento de juicio. Así, una comisión podría otorgar la plaza a un ágrafo, frente a un candidato con publicaciones de acreditada solvencia, bien subrayando que el primero tiene en imprenta alguna de excepcional calidad (entre las que puede destacarse el trabajo de investigación allí presentado), bien minusvalorando las obras publicadas del segundo (que, v. gr., por su cantidad evidenciarían la falta de calidad). Todo ello es posible y todo ello es real. Como también que quien ya es catedrático no gane la cátedra frente a un Profesor Titular. Ciertamente, no sería fácil predeterminar un *ranking* acabado de editoriales, revistas, ediciones, etc., para cada área. Pero a nadie escapa que no es lo mismo publicar en *Nature*, que hacerlo en la Revista científica de la Facultad, y que, uno y otro supuesto, han de merecer diversa valoración en un concurso universitario. Bastarían, por ejemplo, unas referencias genéricas en la norma, en el sentido de que el prestigio y solvencia de la editorial, revista o edición de la obra, habrá de ser valorado de forma específica e individualizada y, además, motivadamente en el voto de cada uno de los miembros de la comisión, para que se viera reducida su libertad, reducción que podría ser aún más operativa por la vía de una cierta sujeción al precedente, si se exigiera que el mismo juzgador no pudiera cambiar de criterio tan fácilmente en el siguiente concurso); etcétera.

Estas y otras muchas cuestiones —imprescindibles para valorar y comparar el mérito y capacidad de los candidatos, no aisladamente considerados, sino en régimen de competitividad— quedan al completo arbitrio de la comisión juzgadora en cada caso singular y una vez que se

conocen cuáles son los candidatos. Ni siquiera en la convocatoria de la plaza se establecen criterios de ningún género. Bastaría, pues, que la mayoría de los miembros de una comisión «a posteriori» (esto es, conocidos los candidatos) pusiera el acento —sólo para ese caso concreto— sobre cualesquiera elementos del currículum, proyecto docente o trabajo de investigación, para que pudiera justificar su voto, que quedaría además exento de todo control o juicio ulterior que no sea el de la historia<sup>16</sup>, puesto que el juez no podría contar con parámetro objetivo alguno, habida cuenta de que la ley sólo establece dos pruebas, no su valoración relativa, que deja enteramente a la discreción de la comisión. Ciertamente, el legislador no está obligado en términos constitucionales a formalizar todos y cada uno de esos u otros supuestos y a fijar una detallada regulación de los criterios de mérito y capacidad, para satisfacer las exigencias de la predeterminación normativa, puesto que, como se ha insistido, resulta inexcusable la remisión o la llamada a la colaboración de los técnicos. Desde luego, una norma, por definición abstracta, general y con vocación de permanencia, no puede fijar y decidir «a priori» todos los extremos, pero sí puede, y debe por imperativo constitucional, apuntar siquiera algunos elementos que permitan enmarcar y legitimar la decisión técnica y, sobre todo, la prelación de los aspirantes. Un sistema que, en definitiva y a la postre, depende básicamente del sorteo, y que no es revisable administrativa o jurisdiccionalmente, habla por sí sólo. Más próximo a la Constitución estaría que se sorteara la plaza entre aquellos aspirantes que reúnan un mínimo de requisitos: al menos, todos tendrían una evidente igualdad de oportunidades.

Acaso no habría óbice constitucional si ese juicio técnico tuviera otros efectos y, ante todo, no implicara al ejercicio de un derecho constitucional, como en Alemania la habilitación: el candidato se somete en solitario y sin tener que competir en condiciones de igualdad al parecer de otros expertos —el colegio de profesores de una Facultad— a fin de acreditar su solvencia investigadora, individualmente considerada. Pero el examen en que consiste la habilitación, que no es ejercicio de un derecho fundamental como el art. 23.2 CE, no se hace en régimen de concurrencia ni da derecho a obtener plaza de funcionario alguna. El habilitado podrá luego ser llamado por una Universidad para ocupar una plaza de Profesor. En un supuesto tal no sería exigible la predeterminación normativa a que hemos venido ha-

16. Algún día podrán valorarse varias décadas de historia universitaria española a la luz de la motivación del voto de los miembros de las comisiones evaluadoras respecto de cada aspirante, cuando el transcurso del tiempo permita un enjuiciamiento más objetivo. Pero esa es otra cuestión.

ciendo referencia (arts. 23.2, 53.1 y 103.3 CE). Cuestión distinta es, sin embargo, el caso español. El concurso u oposición, el sistema de acceso en condiciones de igualdad, se desenvuelve, por definición, en régimen de concurrencia: no se trata, en efecto, de someterse a una prueba para acreditar la suficiencia investigadora y docente de una persona en abstracto, sino para acreditar quién es el *mejor*.

Finalmente, el argumento comparativo, que no es aquí concluyente pero sí portador de una cierta dosis de ironía, permite ilustrar por vía de ejemplo la situación del acceso a la función pública universitaria. El primer ejemplo lo es de pura remisión, en bloque, a cualesquiera de las especies de la función pública: sencillamente, el sistema universitario español no tiene parangón, no ya con otros ordenamientos más próximos, sino con la función pública en España. No hay una sola prueba de acceso tan huérfana de criterios objetivos. El contraste es mayor si se tiene en cuenta, de un lado, que no se ha establecido baremo alguno para evaluar los méritos alegados y, de otro, que respecto de los ejercicios que se realizan ante la comisión juzgadora tampoco se han fijado elementos que permitan objetivar su valoración (nótese, v. gr., que en las oposiciones con temario al menos las respuestas remiten a unos conocimientos contrastables). Ni en lo que tiene de concurso ni en lo que presenta de oposición, pues, hay criterios previos para seleccionar al mejor.

Si a ello se añade la posibilidad de que alguno de los aspirantes pueda inducir la creación de la plaza y su momento de convocatoria y celebración, además de contar eventualmente con el apoyo incondicional de un mayor o menor número de votos, la celebración de las pruebas se convierte entonces en un rito vacío de todo contenido, aunque compitiera un premio Nobel. Una situación tal no puede ser redimida por supuestas justificaciones, en las que no es necesario detenerse, como serían la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), o la especial cualificación que reviste el juicio técnico.

El segundo ejemplo se refiere a la normativa sobre los sexenios de investigación. En lo que aquí interesa, se trata de un sistema del otorgamiento de un complemento previa acreditación de que el funcionario docente ha cumplido con su deber investigador en un determinado período de seis años. Lo que importa resaltar es que, para su reconocimiento, la norma establece criterios objetivos, formalizados, que podrán ser discutibles —y lo son, sin duda—, pero que ahí están. Se distinguen las áreas del saber, se fijan qué publicaciones son dignas de consideración y cuáles

no, criterios de excelencia de esos trabajos, etc. En otras palabras, hay una mayor previsión normativa para otorgar unos efectos económicos, que para ingresar en los Cuerpos docentes universitarios.

Por concluir en modo gráfico: mientras el ordenamiento jurídico, por su silencio, consienta la «ocupación» o la «prescripción adquisitiva» —y aun la «herencia»— de la plaza universitaria (la endogamia se enmascara a veces con la lógica de «la plaza para quien la trabaja») y/o exista una suerte de «donación modal» cuando se imponen las consideraciones de escuela, el Estado de Derecho seguirá teniendo una asignatura pendiente, hasta que consiga extender la igualdad y la certeza de la norma común a la comunidad universitaria. De mantenerse el modelo vigente —en realidad herido e hipotecado por esas prácticas—, la ley deberá agotar toda la regulación posible, preestableciendo aquellos criterios —aunque sea en forma de principios o pautas orientativas— que permitan inferir, en una competición como es el acceso a la función pública, cuando menos quién ha de ser el aspirante elegido<sup>17</sup>.

### III. UNA NOTA SOBRE LA TUTELA JUDICIAL DEL ART. 23.2 CE EN EL MARCO DEL SISTEMA UNIVERSITARIO VIGENTE

1. Es al legislador —formal y material— al que corresponde transponer, como se ha dicho, los valores constitucionales de los que es portador el derecho del art. 23.2 CE, tarea en la que no puede ser sustituido por el poder judicial, por más que, con frecuencia, muchas de las esperanzas despertadas por el Estado de Derecho y no satisfechas por el legislativo y el ejecutivo terminen por proyectarse en última instancia sobre la justicia administrativa. Para otra ocasión queda el estudio o las propuestas de reforma legislativa del sistema universitario de selección del profesorado —tan urgente como urgida a la intervención de actores independientes, por otra parte—. Aquí hemos de concluir, sin embargo, con una sucinta reflexión acerca de la tutela jurisdiccional en los supuestos de inactividad u omisión del legislador ante derechos de configuración legal. El difícil, cuando no imposible, restablecimiento del derecho reconocido por el art. 23.2 CE y, con ello, la que-

17. No se nos oculta, sin embargo, que tal ajuste con la Constitución desde el modelo vigente acaso sólo sirva para eliminar las más graves y manifiestas desviaciones que potencialmente pudieran surgir, caso de perpetuarse ciertas prácticas, en un sistema además en el que no ha encontrado una proyección específica el esquema general de causas de abstención y recusación. En todo caso, la reducción de la arbitrariedad, en cualesquiera de sus especies, será directamente proporcional al grado de concreción de los criterios de mérito y capacidad.

bra de la efectividad del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), sólo puede superarse si se comienza por atacar justamente la causa última de ese cuadro patológico (el déficit regulativo)<sup>18</sup>.

Que el derecho de configuración legal no se ha configurado ni los principios constitucionales que lo definen se han transpuesto, constituye el alegato principal de partida o, si se prefiere, que la ausencia de reglas de juego acerca de cómo se gana la prueba hace imposible la competición misma. Aunque, como se ha notado, tal carencia de fondo tenga su origen en la propia LRU —cuando menos porque ha omitido toda referencia a los criterios relativos o de prelación entre aspirantes, siquiera para encargar su desarrollo, con algunas pautas, a los instrumentos de colaboración—, es evidente que ese déficit tampoco se ha visto compensado por las normas de desarrollo: bases o convocatoria de las plazas. Ello permite invocar la lesión del *derecho a la ley ex art. 23.2 CE* ante la jurisdicción contencioso-administrativa; bien por referencia exclusiva a la convocatoria y a las normas infralegales, o bien a todo el bloque normativo, incluida la LRU. Cualesquiera que sean las estrategias o los procesos contencioso-administrativos que pudieran entablarse, si no se repara la violación del derecho a la predeterminación normativa, quedará expedita la vía para el recurso de amparo constitucional<sup>19</sup>.

2. En principio de base, pues, desde un punto de vista procesal, cabrían dos planteamientos, que pueden ser alternativos o subsidiarios:

a) Combatir directamente la convocatoria de la plaza y/o los actos subsiguientes en el entendimiento de que al menos la Universidad debe concretar los criterios relativos de mérito y capacidad «ex ante», esto es, en el momento de la convocatoria, no siendo sustituible ni suficiente, por tanto, que su predeterminación se realice en el instante de constitución de la comisión, estando ya presentes los aspirantes que van a concursar [art. 8.2, a) RD 1888/1984], puesto que ello no es «pre-determinación», sino, al contrario, «post-determinación», incluso, si se deseara, un traje a la medida.

b) La segunda opción pasaría por considerar que el vicio —la indeterminación de los criterios relativos de mérito y capaci-

18. No estamos aquí ante un supuesto en el que la Administración haya dictado normas sin la habilitación legal requerida —o con invasión de reserva de ley— o en el que la reglamentación contrarie a la ley formal (hipótesis a las que incidentalmente se refirió la STC 86/1985 [RTC 1985, 86], F. 2, último párrafo), sino en el de omisión de la ley, formal y material, omisión que sólo puede ser reparada en última instancia por el Tribunal Constitucional.

19. Cfr. SSTC 48/1998, F. 7 y 76/1998, F. 3.

dad— anida en la norma, y no sólo en el acto administrativo de convocatoria que lo reproduce. A partir de aquí, cabría, a su vez, entender que el silencio o remisión de la LRU al reglamento (Decreto 1888/1984 y normas que lo han modificado) se ha realizado una vez satisfechas las exigencias dimanantes de la reserva de ley formal, y que es sólo el reglamento el que, por su incomplicidad, no ha prestado la cobertura suficiente (opción más artificial que queda fuera de nuestra consideración); o, por el contrario, que no es ya la norma reglamentaria, sino ante todo la ley la que adolece de tal vicio, en cuyo caso el órgano jurisdiccional habría de elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En uno y otro caso, preciso es invocar expresamente a todos los efectos el art. 23.2 CE en su vertiente de derecho a la predeterminación normativa, tanto en vía administrativa como jurisdiccional. Se adopte también uno u otro enfoque, es posible sostener que la Ley de Reforma Universitaria no contiene criterio sustantivo alguno acerca de en qué consista el mérito y capacidad para el acceso a los cuerpos de profesorado (cfr. arts. 33 a 38 LRU y 23.2, 53.1 y 103.3 CE); que los Reglamentos de desarrollo tampoco añaden nada (en particular el RD 1888/1984, de 26 septiembre, como ya se ha dicho); y que, sin embargo, la Constitución Española (arts. 23.2, 53.1 y 103.3) reservan a la ley y, en todo caso, al principio de legalidad entendido como existencia de norma jurídica previa (cfr. STC 48/1998), el ejercicio del derecho fundamental, siendo así que el sistema legal satisface únicamente el requerimiento en punto a asegurar un mínimo de excelencia, abstractamente considerado (doctorado; tres años), pero no con carácter relativo o por relación, dimensión esta que le es esencial al derecho fundamental «ex art.» 23.2 CE, esto es, respecto de quién sea el mejor desde la perspectiva del mérito y capacidad de entre todos los candidatos, pues de ello se trata.

A partir de esta común argumentación —la existencia de un evidente déficit y la necesidad de compensarlo—, se podrán seguir dos estrategias diferentes, según ha quedado dicho: pretender de la Universidad convocante que, de acuerdo con una interpretación conforme, explicita los criterios «ex ante», lo cual haría innecesario la impugnación del Reglamento ejecutivo de la LRU, y el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (a); o bien, extender la demanda a la incomplicidad de las normas (LRU y Reglamento) (b).

a) En el marco del primer supuesto, frente a la convocatoria y actos subsiguientes cabría alegar que, de no compensarse ese déficit u omisión, las pruebas de acceso a la función pública universitaria carecerían de criterios relativos preestablecidos de mé-

rito y capacidad, con lesión del derecho a la ley del art. 23.2 CE; así como que la discrecionalidad técnica de que dispondría la Comisión juzgadora sería de un enorme alcance y extensión a falta de toda norma, base o resolución que delinee el perímetro de su enjuiciamiento (aportando al menos directivas acerca de cuál haya de ser el mejor de los candidatos), en contra, igualmente, de lo prevenido por la Constitución<sup>20</sup>. En suma, y con independencia de que el vicio o infracción de la reserva de ley y del principio de legalidad sea, en su caso y en distinto modo, imputable a la ley y al reglamento, cabrá postular que la Comisión juzgadora interprete las normas vigentes de conformidad con la Constitución. A ello no se opone, antes al contrario, la ausencia de una habilitación legal expresa para obrar en tal sentido. Lejos de ser un obstáculo legal, facilita la obligada interpretación conforme de las normas reguladoras del concurso a la luz del art. 23.2 Constitución Española.

b) Lo que de específico añade el segundo planteamiento —al entender que el vicio trae su causa, en última instancia, de la omisión de la Ley— es el intento de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad que, desde luego, se podría interesar cualesquiera que sean los actos administrativos combatidos (la convocatoria misma o, en su caso, el acto que pone fin al procedimiento de selección si se considera discriminatorio a los efectos del art. 23.2 Constitución Española).

La inconstitucionalidad por omisión de la ley (infracción de la reserva de ley formal) y la lesión del derecho a la ley, aunque puede ser instada por el ciudadano (en el seno del proceso judicial), sólo puede ser reparada en última instancia por el Tribunal Constitucional mediante la colaboración del órgano jurisdiccional a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad. Ciertamente, el ciudadano afectado puede atacar directamente la resolución administrativa ante los tribunales contencioso-administrativos, basándose en su falta de cobertura legal y, desde luego, por vía indirecta, el reglamento. Pero el tribunal sólo podría anular la resolución por tal motivo si eleva cuestión y ésta es resuelta positivamente. Si se desestima el recurso contencioso-administrativo y no se hubiere planteado cuestión, cabría en todo caso recurso de amparo.

En este contexto, el reproche, articulado a través del proceso especial o, para una mayor libertad de motivos impugnatorios en

20. Vid. supra núm. II.2, letra «c».

punto al déficit regulativo, del proceso contencioso ordinario, cabría dirigirlo tanto a la resolución administrativa (viciada de nulidad por afectar al contenido constitucionalmente garantizado por el derecho fundamental o, en la expresión de la Ley 30/1992 [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246], por violar el contenido esencial del derecho), cuanto frente a la norma reglamentaria y legal (por omisión del deber de regular las condiciones de igualdad y de acceso conforme a los principios de mérito y capacidad).

3. Mediante la cuestión de inconstitucionalidad no se trata de reivindicar una norma jurídica omitida, sino de examinar la compatibilidad de la norma aprobada por el legislador con el Derecho de rango superior. Lo que aquí se plantea no es, pues, una típica omisión legislativa (v. gr.: falta de desarrollo de un artículo de la Constitución), sino, ante todo, la eventual violación del derecho a la ley, en cuanto parte de un derecho fundamental. La cuestión de inconstitucionalidad tendería por finalidad determinar, no ya si se ha respetado un expreso mandato del constituyente (reserva de ley formal), sino en particular si la concreta regulación legal satisface el mínimo exigible del derecho a la predeterminación, de conformidad con la Constitución, en el bien entendido de que ello tiene un impacto directo e inmediato en el proceso «a quò» (la lesión del derecho a la igualdad en la norma hace inviable la competición misma). Se daría, pues, la relación de dependencia entre el pronunciamiento sobre la validez de la ley (LRU) desde la perspectiva de su insuficiencia y consiguiente contradicción con los arts. 23.2 y 103.3 CE, y el que deba dictar ulteriormente el órgano jurisdiccional. A los efectos del art. 35.2 LOTC (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575), resulta, pues, patente la relevancia de la validez y la relevancia de la norma aplicable al caso (esto es, los preceptos de la LRU reguladores del acceso a los Cuerpos, por insuficientes y, en consecuencia, contrarios a los arts. 23.2 y 103.3 CE, de igual modo que una ley penal en blanco, en sí misma, sería contraria al art. 25.1 CE). Justamente en la insuficiencia de tales preceptos legales radica la aludida inconstitucionalidad.

Como ya se ha notado, el cuadro normativo pone de manifiesto, pues, no sólo un mero vacío u omisión, sino la lesión del derecho a la ley, verdadero instrumento al servicio de la igualdad en la ley (arts. 23.2 y 103.3 CE), al decir de las SSTC 48 y 76/1998. La quiebra del derecho a la ley del art. 23.2 CE acarrea, en suma, la vulneración del derecho a la igualdad en la ley a que se refiere ese mismo precepto.

Algo análogo sucede con el derecho a la ley del art. 25.1 CE, en el que la doctrina de las SSTC 48 y 76/1998, por cierto, parece haberse inspirado. El órgano judicial puede suscitar cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley formal por entender que ésta ha abandonado

inconstitucionalmente la predeterminación y tipificación de la conducta ilícita. Ahora bien, el examen de fondo —el respeto del derecho a la ley— varía en cada caso, como consecuencia de su diverso objeto y finalidad: para el art. 23.2 CE, reside en la fijación «ex ante» de las reglas de juego; en el caso del art. 25 CE, la descripción previa de un supuesto de hecho estrictamente determinado. La regla en uno y otro derecho responde, sin embargo, a la misma lógica: tanta «cantidad» de ley (formal o material, eso es otra cuestión) cuanto sea necesaria para transponer los valores materiales que el derecho a la ley en cada caso garantiza.

Lo que, a la postre, sería planteable ante el Tribunal Constitucional, tanto a través de la cuestión de inconstitucionalidad como del recurso de amparo, es la lesión de una facultad inherente al derecho fundamental, cual es el derecho a la ley. No se trata sólo, pues, de la infracción de un mandato explícito de regulación a cargo del legislador, esto es, de la reserva de ley —lo que de suyo podría ser ya objeto de control concreto—, sino de la lesión, eso sí por insuficiencia normativa, de un derecho fundamental.