

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y EL ORDENAMIENTO INTERNO

(A propósito de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre,
sobre el acceso a determinados sectores
de la función pública de los nacionales
de los demás Estados miembros de la Comunidad
Europea)

Por

MANUEL DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO

Letrado de las Cortes Generales

Profesor Asociado de Derecho Comunitario
de la Universidad Carlos III

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY 17/1993: MOTIVOS, TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y CONTENIDO: A) *Los motivos de la Ley.* B) *La tramitación parlamentaria.* C) *El contenido de la Ley.*—III. LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y ORDENAMIENTO INTERNO: ALGUNOS PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA LEY: A) *La hipotética contradicción de la Ley 17/1993 con el artículo 13.2 de la Constitución Española.* B) *El respeto al principio de reserva de ley que en materia de función pública impone el artículo 103.3 CE.* C) *Las remisiones normativas de la Ley 17/1993 y el principio de seguridad jurídica.* D) *La conformidad con el Derecho comunitario de la reserva a los nacionales de determinados puestos de trabajo en los términos en que se recoge en el apartado 3 del artículo 1.º de la Ley.*—IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 17/1993 ha abierto a los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea el acceso a determinados sectores de la función pública española. A partir de ahora, un alemán, un italiano o un francés podrá ocupar algunos de los puestos de funcionario público en España, como los españoles pueden ya ocupar puestos análogos, o podrán hacerlo en breve plazo, en los demás Estados miembros de la Comunidad Europea. Es un paso más en la configuración de ese nuevo estatuto de ciudadano europeo que poco a poco se va convirtiendo en una realidad tangible.

Sin embargo, a pesar de la coincidencia de fechas, este nuevo derecho no es una consecuencia del Tratado de la Unión Europea sino que, como se verá, deriva del propio Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (ahora Comunidad Europea) firmado en Roma en 1957 —en nuestro caso aplicable a partir de la adhesión, con las especialidades reco-

gidas en el Acta suscrita en 1985— y de la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) ha ido elaborando sobre la libre circulación de trabajadores. El interés que tiene esta simbólica reforma legal —la caída, siquiera limitadamente, del principio del Estado contemporáneo que identifica nacionalidad y función pública del Estado—, justifica la primera parte de este trabajo, dedicada a exponer los motivos, la tramitación parlamentaria y el contenido de la ley.

Pero, además, esta norma vuelve a abrir algunos de los principales problemas que suscitan las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos internos: constitucionalidad de las normas nacionales de desarrollo de disposiciones comunitarias; reserva material de ley y su posible cobertura por normas comunitarias; remisión en blanco al Derecho comunitario, ausencia de normas específicas de éste y principio de seguridad jurídica; en fin, los inevitables problemas de contradicción entre normas internas y normas comunitarias. A estas cuestiones dedicaré la segunda parte de este escrito.

II. LA LEY 17/1993: MOTIVOS, TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA Y CONTENIDO

A) *Los motivos de la Ley*

La Ley 17/1993, como recuerda su exposición de motivos, da cumplimiento a lo previsto en el artículo 48.4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE), de conformidad con la interpretación que de dicho precepto ha hecho de forma reiterada el máximo intérprete del ordenamiento comunitario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En efecto, a pesar de que el apartado 4 del artículo 48 TCE exceptúa la aplicación de las disposiciones sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, reconocida en ese precepto, «a los empleos en la administración pública», el TJCE, en sucesivos fallos, ha declarado el carácter restrictivo con que debe interpretarse dicha excepción. No es posible, a juicio del TJCE, entender incluido en dicha cláusula cualquier empleo al servicio o dependiente de un ente público, ni siquiera todos aquellos puestos sujetos a la relación estatutaria propia del funcionario público, entendido en su estricto concepto técnico-jurídico. Por el contrario, dicha interpretación subjetiva u orgánica debe ceder en favor de otra objetiva o material: los «empleos en la administración pública» que constituyen una posible excepción (1) a la libre circulación de trabajadores son sólo aquellos que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado; quedan al margen, por tanto, em-

(1) Posible porque los Estados, claro está, pueden ir más lejos y extender el acceso más allá de lo que exige el ordenamiento comunitario, que constituye en estas materias un mínimo inderogable pero susceptible de ser mejorado por la normativa interna.

pleos públicos en sectores como la docencia, la investigación, o la asistencia sanitaria (2).

La Comisión, sobre la base de dicha jurisprudencia, en el ejercicio de su genérica función de salvaguardia del Derecho comunitario —que le atribuye el artículo 155 TCE—, ha concentrado su actividad de vigilancia del cumplimiento de aquélla en cuatro sectores, aquellos que considera más alejados de las funciones específicamente públicas (3):

- La gestión de servicios comerciales de transportes públicos, distribución de electricidad y gas, navegación aérea y marítima, correos, telecomunicaciones y radiotelevisión.
- Servicios operativos de salud pública.
- La enseñanza en centros de enseñanza públicos.
- La investigación civil en establecimientos públicos.

En dichos sectores, no obstante, los Estados miembros pueden «demostrar que para un empleo concreto y en contra de las previsiones normales, existe una relación con actividades específicas de la administración pública». En todo caso, la Comisión recuerda que «no podría en principio justificarse ninguna discriminación por razones de nacionalidad en el acceso a los empleos subalternos (de esos sectores) de la administración pública».

De conformidad con dicho criterio, la Comisión ha enviado a diferentes Estados —entre ellos España (4)— cartas de emplazamiento e incluso ha emitido dictámenes motivados, dentro del procedimiento precontencioso regulado por el artículo 169 TCE, para forzarles a que modifiquen sus ordenamientos de manera que permitan ese acceso a la función pública nacional. A esa exigencia responde la Ley 17/1993.

Conviene aclarar, en todo caso, que no se trata de cumplir una supuesta norma aprobada por la Comisión —que ni ha hecho tal, ni tiene competencia para ello— sino de ejecutar el propio Tratado constitutivo —el artículo 49.4 TCE— de acuerdo con la interpretación jurisprudencial reseñada. No hay ninguna otra norma comunitaria que condicione la actividad

(2) La jurisprudencia reseñada se recoge en las siguientes sentencias: SSTJCE 17-12-1980, as. 149/79, Rec. 3881; 26-5-1982, as. 149/79, Rec. 1845; 3-6-1986, as. 307/84, Rec. 1725; 3-7-1986, as. 66/85, Rec. 2121; 16-6-1987, as. 225/85, Rep. 2625; 30-5-1989, as. 33/88, Rep. 1591; 27-11-1991, as. 4/91, Rep. I - 5627.

(3) Se recogen en la comunicación de la Comisión titulada *La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros. La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE*. Dicho documento está publicado en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», C-72, de 18 de marzo de 1988.

(4) En la memoria del proyecto de ley remitido al Congreso de los Diputados, en sus páginas 5 y 6, se reconoce que la Comisión presentó 6 cartas de emplazamiento al Gobierno español en mayo de 1991, que en agosto de 1992 se tradujeron en otros tantos dictámenes motivados que daban a España un plazo para proceder a su cumplimiento que concluía el 7 de diciembre de 1992. A pesar de que la Ley 17/1993 se ha aprobado más de un año después, la Comisión no ha planteado el recurso jurisdiccional por incumplimiento al amparo del artículo 169 TCE.

legislativa de los Estados miembros en la materia, cuestión que plantea otros problemas que después se analizarán.

B) *La tramitación parlamentaria*

Poco hay que destacar de la tramitación parlamentaria de esta Ley. Porque, si bien ésta ha sido relativamente azarosa, al verse frenada por la disolución de las Cámaras cuando estaba a punto de ser aprobada —retraso que parece haber sido comprendido por la Comisión al no haber planteado un recurso por incumplimiento—, el proyecto presentado por el Gobierno apenas ha sufrido modificación. Tan sólo dos pequeñas correcciones y de índole formal: la rectificación de una conjunción en la exposición de motivos, para hacer ésta coherente con el articulado de la ley, que permite impedir el acceso de los funcionarios no nacionales a un puesto indistintamente tanto porque implique el ejercicio de potestades públicas como porque suponga responsabilidad en la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas (5); la otra, la sustitución del término «Comunidad Económica Europea» por «Comunidad Europea», para adecuar el texto a lo dispuesto en el artículo G del Tratado de la Unión Europea (6). Ciertamente, un resultado raquítico para un texto que suscitaba más problemas de los que su apariencia mostraba, como se verá más adelante.

Por lo demás, el proyecto fue presentado inicialmente en el Congreso de los Diputados el 25 de noviembre de 1992, tramitándose en ambas Cámaras hasta su caducidad como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales, producida cuando tan sólo estaba pendiente de la aprobación por el Pleno del Senado, al no haberse presentado enmiendas en esta Cámara (7). Al comenzar la nueva legislatura el Gobierno presentó el mis-

(5) Dicha modificación fue propuesta en el Congreso de los Diputados por la Ponencia encargada de estudiar el texto por primera vez en la IV Legislatura («BOCG», A, 117-6, de 19 de febrero de 1993) y aprobada por la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas en su sesión celebrada el 24 de febrero de 1993. La corrección es coherente con el texto de la ley. Otra cosa es que éste plantee un problema de choque con la jurisprudencia del TJCE, como se expondrá en el apartado III. D de este trabajo.

(6) También se propuso en el Congreso de los Diputados, en el Informe de la Ponencia, si bien en este caso en la deliberación llevada a cabo en la V Legislatura («BOCG», A, 26-4, de 5 de noviembre de 1993); fue aprobada por la Comisión de Régimen de Administraciones Públicas en su sesión de 4 de noviembre de 1993.

(7) El proyecto fue publicado en el Congreso de los Diputados en el «BOCG» de 11 de diciembre de 1992. El Informe de la Ponencia se publicó el 19 de febrero de 1993, que fue aprobado por la Comisión de Régimen de las Administraciones Públicas el 24 de febrero; el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó el Dictamen el 11 de marzo. En el Senado, el proyecto se publicó el 17 de marzo, y el 2 de abril se anunciaba en el «BOCG» que al no haberse presentado enmiendas el texto pasaba directamente a la deliberación del Pleno del Senado.

El Real Decreto 534/1993, de 12 de abril («BOE» del 13), recogió la disolución de las Cámaras, provocando la caducidad del proyecto (art. 207 del Reglamento del Congreso y Disposición Adicional Primera del Reglamento del Senado).

mo texto que fue aprobado con una inusual celeridad (8). Una anécdota final: en ninguna de las dos deliberaciones producidas se ha presentado enmienda o se ha producido intervención alguna en el Senado, tan sólo una votación final por asentimiento (9).

C) *El contenido de la Ley*

Dos son las principales opciones legislativas —cada una, a su vez, con múltiples variantes— al problema planteado:

a) Apertura con carácter general de la función pública a los ciudadanos de los demás Estados miembros, estableciendo posteriormente, como excepciones, la reserva a los nacionales de determinados sectores, o puestos de trabajo. Esta línea es la que ha seguido la legislación italiana (10).

b) Reserva con carácter general a los nacionales de la función pública, estableciendo como excepción el acceso de los ciudadanos de los demás Estados miembros a los sectores o puestos de trabajo que expresamente se indiquen. Es la solución más restrictiva, pero quizás más acorde con la actual sensibilidad europea sobre el tema, y ha sido la adoptada por Francia (11).

La ley española ha seguido la segunda de las opciones posibles: mantiene con carácter general la reserva a los españoles del acceso a la función pública, permitiendo que los nacionales de los demás Estados miembros puedan hacerlo exclusivamente a los sectores de la función pública a los que según el Derecho comunitario sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (art. 1.1).

La determinación de los puestos abiertos al acceso de los ciudadanos comunitarios —o de otros Estados, a los que sea aplicable «en virtud de Tratados Internacionales celebrados por la Comunidad Europea y ratificados por España», según aclara la Disposición adicional de la Ley (12)— se configura sin embargo del siguiente modo:

(8) El proyecto fue presentado en el Congreso de los Diputados el 22 de septiembre de 1993, y publicado el 24 de septiembre. El Informe de la Ponencia se emitió el 27 de octubre y se publicó el 5 de noviembre. La Comisión aprobó con competencia legislativa plena el proyecto en su sesión de 4 de noviembre.

En el Senado el proyecto se publicó el 17 de noviembre, pasando directamente al Pleno que lo aprobó por asentimiento en su sesión de 20 de diciembre de 1993.

(9) Véase «Diario de Sesiones», Senado, núm. 15, de 20 de diciembre de 1993, página 544.

(10) Véase el artículo 37 del Decreto Legislativo núm. 29, de 3 de febrero de 1993, sobre medidas de racionalización de la organización administrativa, dictado de acuerdo con la Ley de 23 de octubre de 1992, núm. 421.

(11) Véase el artículo 2 de la Ley núm. 91-715, de 26 de julio de 1991, sobre diversas disposiciones relativas a la función pública.

(12) Esta significativa ampliación del ámbito de aplicación de la ley responde, sobre todo, al supuesto planteado por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, hecho

a) Se detallan algunos sectores de la función pública a los que *ope legis* se abre el acceso a los ciudadanos comunitarios: «la función pública investigadora, docente, de correos y sanitaria de carácter asistencial» (art. 1.1); son los sectores en los que la Comisión ha centrado su atención y en que existan puestos reservados a funcionarios públicos. Por eso no se incluyen otros, como la gestión de servicios comerciales, que aunque gozan también de la atención prioritaria de la Comisión, sus puestos son ocupados por personal contratado, no estando sujetos a la reserva legal propia de la función pública. En cualquier caso, esa enumeración no tiene carácter exhaustivo, pues la ley hace una remisión genérica al Derecho comunitario: «y a los demás sectores de la función pública a los que, según el derecho comunitario, sea de aplicación la libre circulación de trabajadores» (art. 1.1).

b) Acotados los sectores —aun cuando con esa fórmula de reenvío tan abierta y genérica—, la ley atribuye al Gobierno, o a los órganos de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, según el ámbito de sus respectivas competencias, la concreción de «los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos» (art. 1.2) a los que se permita ese acceso, con una sola limitación: deben quedar reservados a los funcionarios con nacionalidad española los puestos de trabajo en los sectores indicados cuando «impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas», correspondiendo también a la Administración competente su determinación (art. 1.3). Lo que significa que aunque se permita el acceso de los ciudadanos comunitarios a un Cuerpo de funcionarios —por ejemplo, el de Catedráticos de Instituto—, únicamente los funcionarios de dicho Cuerpo que tengan la nacionalidad española podrán ocupar puestos reservados a ese Cuerpo que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la defensa de intereses públicos —por ejemplo, el puesto de director de Instituto—. Deberán ser, en suma, las Administraciones competentes respecto de sus funcionarios las que procedan a concretar en cada caso esa apertura. La Ley, sin embargo, no aclara si se trata de un puro acto de aplicación normativa o por el contrario exige un desarrollo normativo es-

en Oporto el 2 de mayo de 1992, y su Protocolo de adaptación (a la exclusión de la Confederación Helvética) hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993. El Instrumento de Ratificación español fue suscrito por el Rey el 26 de noviembre de 1993, si bien su publicación no se ha hecho en el «BOE» hasta el 25 de enero de 1994, siguiendo la insólita y difícilmente justificable práctica mantenida respecto al Tratado de la Unión Europea —ratificado el 29 de diciembre de 1992 pero no publicado hasta el 13 de enero de 1994—; en uno y otro caso, además, se indica en la publicación que estos tratados ya han entrado en vigor para España —el 1 de enero de 1994 el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y el 1 de noviembre de 1993 el Tratado de la Unión Europea—, con manifiesto desprecio o ignorancia del artículo 96 de nuestra Constitución.

Pues bien, el artículo 28 del referido Acuerdo reconoce la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros de la CE y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (ap. 1), si bien no será aplicable «a los empleos en la administración pública» (ap. 4). Por tanto, idéntico reconocimiento e idéntica excepción, siéndole aplicable la Ley 17/1993.

pecífico, cuestión importante, como después se verá, en la medida en que puede afectar al principio de seguridad jurídica...

c) Una vez reconocido ese acceso, el ciudadano comunitario deberá cumplir los requisitos establecidos para todos los participantes (art. 2.1) con una sola carga adicional: «acreditar no estar sometido a sanción disciplinaria o condena penal que le impida, en su Estado, el acceso a la función pública» (art. 2.2). Por tanto, los nacionales de los Estados miembros deben acreditar el referido requisito tanto en España (por aplicación del art. 2.1, como cualquier otro participante), como en el Estado del que sean nacionales. Es una condición adicional a las exigidas a los españoles que, sin embargo, no parece que vulnere la prohibición de discriminación establecida por el artículo 48.2 del Tratado CE, porque no constituye una carga desmedida y, a la vez, responde a la peculiar situación de quienes desean acceder a la función pública en Estados de los que no son nacionales.

d) La Disposición Final de la Ley atribuye a ésta «la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución».

Como conclusión, se observará que el objetivo fundamental de esta norma legal ha sido el de respetar la reserva legal que en materia de función pública establece nuestra Constitución, limitándose a establecer unos criterios mínimos y a practicar un reenvío al Derecho comunitario europeo —pues la materia, libre circulación de trabajadores, es de competencia comunitaria— y una remisión normativa a la potestad reglamentaria interna competente para su desarrollo. Esa parquedad, no obstante, suscita diferentes problemas que serán analizados a continuación.

III. LAS RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTO COMUNITARIO EUROPEO Y ORDENAMIENTO INTERNO: ALGUNOS PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA LEY 17/1993

La aparente sencillez de la ley no debe ocultar los diferentes problemas jurídicos que plantea. En concreto, vamos a analizar los siguientes:

- a) La hipotética contradicción con el artículo 13.2 de la Constitución (en adelante, CE).
- b) El respeto al principio de reserva de ley que en materia de función pública impone el artículo 103.3 de la CE.
- c) Las remisiones normativas de la Ley 17/1993 y el principio de seguridad jurídica.
- d) La conformidad con el derecho comunitario de la reserva a los nacionales de determinados puestos de trabajo en los términos en que se recoge en el apartado 3 del artículo 1.º de la Ley.

A) *La hipotética contradicción de la Ley 17/1993 con el artículo 13.2 de la Constitución Española*

El artículo 13.2 CE dispone lo siguiente:

«Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.»

Por su parte, el artículo 23.2 CE indica:

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

De la combinación de ambos preceptos parece deducirse que solamente los españoles serán titulares del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Más aún, esa reserva es insoslayable a la vista de la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que en su Declaración de 1 de julio de 1992 —sobre la existencia o no de contradicción entre el artículo 13.2 CE y el artículo 8.B, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea— subrayó de forma categórica lo siguiente:

«(...) es patente, sin embargo, que la Constitución, en su artículo 13, ha introducido *reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles* (art. 9.1 de la Norma fundamental) en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos —como el de sufragio pasivo que aquí importa— que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución» (FJ 5).

De lo anterior cabe concluir que el artículo 13.2 impide al legislador atribuir a los extranjeros la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23. ¿Quiere decir esto que nuestra Constitución prohíbe el acceso de los extranjeros a los cargos y funciones públicas? ¿Qué extensión tiene entonces la remisión al derecho de acceso a los cargos y funciones públicas hecha por el artículo 13.2? Si la primera de las cuestiones enunciadas tuviese una respuesta afirmativa y el ámbito de extensión de los cargos y funciones públicas que pudieran estar vedados a los extranjeros coincidie-

se con la apertura que se recoge en la ley, habría que concluir que ésta es inconstitucional y que sólo podría aprobarse tras la previa reforma de nuestra norma fundamental (13).

El problema, sin embargo, tiene a mi juicio una mayor complejidad. En primer lugar, porque estamos ante un ejemplo más de las dificultades hermenéuticas que producen las remisiones normativas, máxime si, como en el presente caso, los preceptos objeto de la remisión —artículos 13.2 y 23.2 CE— tienen una naturaleza y función diversas. En efecto, podemos ya advertir que mientras el artículo 13.2 establece un principio básico de organización política —la reserva a los nacionales de los derechos políticos—, el artículo 23.2 se limita a enunciar un derecho fundamental en unos términos tales que, como ha reconocido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, no son sino una concreción del principio de igualdad. Sobre esta importante cuestión volveremos más adelante.

Pero es que, además, no es tan sencillo delimitar cuál es el derecho que, en lo que respecta al apartado 2 del artículo 23 CE, queda prohibido a los extranjeros por imperativo del artículo 13.2 CE. No lo es porque son diferentes las soluciones que pueden seguirse.

a) Una primera opción consistiría en atenerse al contenido estricto del artículo 23.2, al que se remite el artículo 13.2. En ese sentido, dicho precepto, como ha subrayado nuestra jurisprudencia constitucional, no reconoce tanto el derecho de acceso a las funciones públicas cuanto el que el acceso regulado por la ley respete el principio de igualdad. Valga por todas las afirmaciones del Tribunal Constitucional en la citada Declaración de 1 de julio de 1992 :

«La redacción del precepto (art. 23.2 CE) evidencia, sin embargo, en virtud de su remisión a la ley, que la Constitución no consagra aquí un derecho a ocupar cargos y funciones públicas sino simplemente la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos y funciones en términos discriminatorios, pues, como repetidamente hemos afirmado, el precepto en cuestión es una concreción del principio general de igualdad» (FJ 3).

Si nos ceñimos, por tanto, al derecho que en sentido estricto queda consagrado en el artículo 23.2 CE, podría afirmarse que la Constitución «no prohíbe a los extranjeros el acceso en España a las funciones públicas (prohibición que, sin embargo, podría venir de mano del legislador)

(13) Lo pone de manifiesto en su crítica a la citada resolución del TC: A. MANGAS MARTÍN, *La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución (derecho de sufragio pasivo de los extranjeros): una reforma constitucional innecesaria o insuficiente*, «Revista Española de Derecho Internacional», vol. XLIV-1992, núm. 2, julio-diciembre, págs. 389-391. Para la profesora MANGAS, de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992 al artículo 13.2, resulta que el artículo 48.4 TCE es incompatible con los artículos 13 y 23 de la Constitución.

pero *sí prohíbe que dicho acceso tenga lugar en condiciones de igualdad*» (14).

La interpretación anterior nos permitiría salvar, en principio al menos, el problema planteado, pues nuestra carta magna no vedaría el acceso de extranjeros al ejercicio de funciones públicas. Pero, una vez dado ese primer paso, ¿resulta admisible concebir que nuestra Constitución imponga *obligatoriamente* un acceso desigual?

En realidad, a mi juicio, esta solución debe descartarse porque su resultado choca abiertamente con otras normas fundamentales de nuestro texto constitucional: sobre todo, con el principio de igualdad «como valor superior del ordenamiento jurídico» (art. 1.1 CE); pero también con el artículo 10.2 CE, que impone una interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre esas materias, lo que de ninguna manera puede cohonestarse con esta supuesta prohibición de un tratamiento igualitario.

La razón de esa contradicción la apuntábamos con anterioridad. Una cosa es un derecho fundamental —a acceder en condiciones de igualdad— y otra un principio básico de organización política —reserva a los nacionales, con excepciones tasadas, de los derechos políticos—. La remisión que el segundo hace al primero es muy genérica —los derechos del artículo 23—, lo que crea una gran ambigüedad. En ese precepto está incluido claramente el derecho de sufragio activo y pasivo, pero no está en cambio el derecho a ser funcionario público, cualesquiera que sean las funciones que le correspondan, sino tan sólo a que no existe discriminación en el acceso a dicha condición. Está claro que una primera consecuencia de lo dispuesto en el artículo 13.2 CE es que en la hipótesis de un reconocimiento del acceso de los extranjeros a las funciones públicas mediante ley o tratado, sería admisible desde la perspectiva constitucional un tratamiento desigual —otra cosa es que la igualdad venga exigida por otras normas, como el artículo 48.2 TCEE—. Pero ¿es eso todo?, ¿no existe norma imperativa en materia de funciones públicas en el artículo 13.2 CE?

b) Una segunda opción interpretativa es la que insistiría en una comprensión teleológica del artículo 13.2 CE: su finalidad es reservar a los nacionales, con excepciones, los derechos políticos (15). La remisión al ar-

(14) En los citados términos se expresa el profesor R. ALONSO GARCÍA, en su trabajo: *¿Inconstitucionalidad sobrevinida del Tratado CEE?*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 76, octubre-diciembre de 1992, pág. 602.

(15) Así se indicaba expresamente en el artículo 12 del Anteproyecto de Constitución. Dicho texto se mantuvo hasta el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado, que en su artículo 13.1 declaraba que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los tratados y la ley reguladora de su condición jurídica»; se suprimía la reserva a los españoles de la titularidad de los derechos políticos (fue aprobada una enmienda del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, en la sesión celebrada el 23 de agosto de 1978).

Una vez más fue la Comisión Mixta Congreso-Senado la que en su Dictamen de 28 de octubre de 1978 dio al artículo 13.1 la redacción actual, provocando la ambigüedad descrita.

título 23 debe entenderse, en lo que se refiere a su apartado 2, al derecho de acceso a los cargos y funciones públicas; supone, de acuerdo con una larga tradición que arranca a partir de la Revolución francesa, la reserva a los nacionales del ejercicio de las funciones públicas. Más aún, por funciones públicas habría que entender el estatuto funcional, es decir, el nombramiento como funcionario en el marco de una relación estatutaria con una Administración Pública.

Esta segunda vía interpretativa lleva a sostener la prohibición constitucional del acceso de los extranjeros a cualquier plaza de funcionario, no en cambio a realizar esas mismas funciones bajo un régimen jurídico contractual (16).

El concepto de «funciones públicas» sería exclusivamente formal, determinado por la relación jurídica que liga al sujeto con una Administración.

Este criterio, sin embargo, además de ser muy restrictivo respecto a los extranjeros, parece contrario al espíritu aperturista que subyace en el artículo 13.2. CE. ¿Es congruente pensar en la permisividad constitucional respecto a un derecho político básico como el de sufragio (aunque sólo sea en las elecciones locales) y no en cambio con cualquier puesto de funcionario, sean cuales sean las funciones que ejerza? Más aún, la prohibición constitucional, desde la perspectiva aquí planteada, podría ser perfilada en todo momento por el legislador, creando plazas reservadas para funcionarios, impidiendo así el acceso de extranjeros o, a la inversa, suprimiendo una reserva establecida, y facilitando el ejercicio por vía de régimen contractual.

Esos problemas apuntan la necesidad de profundizar más en el sentido de la prohibición del artículo 13.2, como se expondrá a continuación.

c) La tercera solución es la que aboga por un criterio material del concepto de «funciones públicas». La reserva a los nacionales sería no tanto de cualquier puesto de funcionario público sino del ejercicio de funciones públicas en sentido estricto —las que impliquen el ejercicio de autoridad, como dice el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local—. Lo ordinario es que además éstas deban ser realizadas por funcionarios, si bien esto hoy día no es tan claro con la aparición de variados fenómenos de «huida del Derecho público» (17).

La línea apuntada es, por otra parte, la que recoge el artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que impide a los extranjeros «el acceso a cargos públicos que impliquen ejercicio de autoridad».

Los textos y debates indicados pueden verse en los Trabajos parlamentarios sobre la Constitución Española, editados por las Cortes Generales, págs. 9, 603, 1805, 2577, 3183-3184, 4197, 4846 y 4871.

(16) Así lo sostiene, por ejemplo, E. PÉREZ VERA, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigida por O. ALZAGA, vol. II, EDERSA, Madrid, 1984, págs. 239-240.

(17) Véase sobre ello el trabajo de J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, sept.-dic. 1992, págs. 399-413.

No resulta fácil, quizás, determinar el contenido exacto de ese concepto material de «función pública». Pero, en lo que aquí interesa, nos permite salvar el problema apuntado, dada la amplitud de la cláusula de reserva a los españoles establecida en el artículo 13 de la Ley 17/1993. En otras palabras, que la prohibición constitucional de acceso a los extranjeros al ejercicio de funciones públicas *ex* artículo 13.2 queda plenamente protegida en la Ley 17/1993 al reservar a los funcionarios con nacionalidad española los puestos «que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas». Desde esta perspectiva material, la Ley es respetuosa con el artículo 13.2 CE.

Por lo expuesto, a mi juicio, la Ley 17/1993 no conculca el artículo 13.2 de nuestra Constitución. Sin embargo, participa de las fricciones y ambigüedades que salpican en tantas ocasiones las relaciones entre ordenamiento interno y ordenamiento comunitario.

B) *El respeto al principio de reserva de ley que en materia de función pública impone el artículo 103.3 CE*

El artículo 103.3 CE señala lo siguiente:

«La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.»

El Tribunal Constitucional, en relación con el citado precepto, en su resolución capital sobre la materia —la STC 99/87, de 11 de junio, en el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley de medidas para la reforma de la función pública— ha consagrado de manera muy estricta el principio de reserva material de ley. Seguidamente se transcribe su principal doctrina en la materia, contenida en el Fundamento Jurídico 3:

«—En el artículo 103.3 de la Constitución se establece, efectivamente, una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la Función Pública, entre los que se cuenta el “Estatuto de los funcionarios públicos”. *Esta materia queda, así, sustraída a la normación reglamentaria*, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de

política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, *no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa.*

En este ámbito, por lo tanto, habrá de ser sólo la Ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento en favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva. Incluso con relación a los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es, pues, imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre —como se dijo en el fundamento jurídico 4.º de la STC 83/1984, de 24 de julio— que *estas remisiones "sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley"*, de tal modo que no se llegue a "una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

— El ámbito de la reserva de ley, cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori*, pero en el que *ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas*, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras

del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración.»

De la doctrina transcrita nos interesa retener lo siguiente:

— Que en materia de función pública el artículo 103.3 de la Constitución establece una reserva legal de manera que la remisión al Reglamento debe ser la estrictamente necesaria para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa, cuando sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley.

— Que está comprendida en la reserva de ley la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario.

Vista la jurisprudencia constitucional que debe servir de guía para contrastar la constitucionalidad de la Ley, nos interesa recordar la estructura y contenido de la Ley 17/1993:

— En cuanto a los *sujetos*, especifica los extranjeros que pueden acceder a determinadas funciones públicas: los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (art. 1.1) y los de aquellos Estados a los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores (Disposición Adicional).

— La ley también determina las *condiciones de acceso* a la función pública, ya que éstas son las mismas que las previstas para los españoles (art. 1.1 del proyecto) con algunas especialidades recogidas en el artículo 2.

— Además, establece algunos *criterios para concretar los puestos a los que pueden acceder* los sujetos indicados. De una parte, se remite al Derecho comunitario en cuanto a la determinación genérica de los sectores de la función pública afectados (enumerando sin carácter exhaustivo alguno de ellos en el art. 1.1), por cuanto se trata de una materia —libre circulación de trabajadores— cedida a la Comunidad Europea; de otra, establece un límite que toma del Derecho comunitario, esto es, la reserva a los nacionales de los puestos que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

— Finalmente, hay una remisión al Gobierno o a los órganos correspondientes de otras Administraciones Públicas territoriales en cuanto a la *determinación específica de los cuerpos, escalas, plazas o empleos* susceptibles de acceso.

En realidad, estamos ante una materia —la libre circulación de los trabajadores— cuya competencia ha sido atribuida a la Comunidad Europea.

La Ley actúa como medio de aplicación interno de esa regulación. Por eso, se remite al Derecho comunitario para la determinación de los sectores de la función pública abiertos a los ciudadanos comunitarios de otros Estados; y, ante la dificultad de concretar todos los Cuerpos, escalas, empleos o puestos de todas las Administraciones Públicas que deben entenderse incluidos en la cláusula comunitaria de libre circulación, se remite a la potestad reglamentaria competente, que deberá complementar la previa determinación hecha por la ley y el ordenamiento comunitario.

En suma, tanto el Derecho comunitario como la Ley 17/1993 proporcionan una suficiente cobertura, por lo que no puede hablarse, en mi opinión, de vulneración del principio de reserva legal.

C) *Las remisiones normativas de la Ley 17/1993 y el principio de seguridad jurídica*

La configuración de la Ley 17/1993 como una norma de reenvío, si bien puede estimarse correcta desde la perspectiva del respeto al principio de reserva de ley, plantea otro problema distinto, como es el de su incidencia en el principio de seguridad jurídica (18). Lo analizaremos en la doble vertiente de la remisión, al Derecho comunitario europeo, y a la normativa reglamentaria interna del órgano competente del Estado.

a) En lo que se refiere a la remisión al Derecho comunitario europeo, como hemos subrayado, no existe una norma comunitaria que precise con exactitud el ámbito de acceso a la función pública, sino que éste se ha ido produciendo de forma lenta y casuística, como consecuencia de la resolución de asuntos planteados ante el Tribunal de Justicia.

Así, el Tribunal ha declarado que no están comprendidos en la reserva del artículo 48.4 TCEE —y, consiguientemente, debe permitirse el acceso a los ciudadanos comunitarios no nacionales— puestos como el personal de enfermería en hospitales públicos (STJCE 3-6-1986); profesores de enseñanza media (SSTJCE 3-7-1986 y 27-11-1991); investigadores dependientes de organismos públicos, salvo cuando se trate de puestos en que se ejerzan funciones de dirección y asesoramiento al Estado (STJCE 16-6-1987); lectores de lengua extranjera. Por el contrario, el TJCE estimó que podrían tener amparo en el artículo 48.4 del TCEE la reserva a los nacionales de puestos municipales como el de inspector, guardia nocturno o arquitecto (STJCE 26-5-1982).

Esta situación de regulación fragmentaria, que no es desconocida en otros ámbitos del Derecho comunitario, plantea una situación de incertidumbre cuya aclaración no parece muy razonable que sólo admita la vía

(18) Como es sabido, dicho principio está garantizado tanto por el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna (véase sobre su significado la STC 27/1981, FJ 10) como por el ordenamiento comunitario, como principio general del Derecho (sobre su alcance como exigencia de claridad y precisión del derecho, véase la STJCE de 9-7-1981, as. 169/1980, Rec. 1931).

del conflicto judicial. Con la vigente Ley 17/1993, cada Administración Pública deberá resolver la cuestión por su cuenta con la única ayuda de esos criterios genéricos que recoge el artículo 1.3 del proyecto y la progresiva jurisprudencia comunitaria.

Es cierto que esta situación se da también en los demás Estados y que sólo puede tener una solución satisfactoria mediante una norma comunitaria específica. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea es claro al respecto, atribuyendo al Consejo la facultad de dictar directivas o reglamentos para hacer progresivamente efectiva la libre circulación de trabajadores (19). La inactividad de las instituciones comunitarias está siendo, pues, un primer factor desencadenante de la ambigüedad y falta de certeza en la materia.

Ahora bien, esas insuficiencias del ordenamiento comunitario pueden ser salvadas por los ordenamientos nacionales, fijando unos criterios más concretos sobre los sectores de acceso reconocidos por el Derecho comunitario, al menos hasta que se apruebe una norma comunitaria armonizadora. Debe observarse que el principal inconveniente que puede derivarse de esa regulación por el Estado —esto es, el riesgo de divergencia entre las regulaciones de cada Estado— se da ya en la situación actual con una ventaja respecto de ésta: la certeza sobre los criterios que esté aplicando cada Estado.

Por otra parte, la Comunicación de la Comisión de la Comunidad Europea en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del TCEE —sin carácter vinculante, como hemos destacado con anterioridad—, apunta determinados criterios que podrían resultar de utilidad para salvar la indeterminación denunciada. Por eso, a mi juicio, hubiese sido recomendable incluir al menos como nuevo apartado 4 del artículo 1, o como inciso final del párrafo 3.º, el siguiente texto tomado de la referida comunicación:

«Se consideran incluidos en esta reserva los empleos que consistan en la realización de actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra entidad de Derecho público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes» (20).

b) La incertidumbre, no es menor en lo que respecta a la remisión interna al «Gobierno o, en su caso, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las demás Administraciones Públicas», en el ámbito de sus respectivas competencias, para la especificación de «los Cuerpos, Escalas, plazas o empleos» abiertos al acceso de los ciudadanos comunitarios (art. 1.2). Porque, al menos, se plantean las siguientes incógnitas:

(19) El artículo 49 TCE le atribuye esa potestad.

(20) «DOCE», C 72, de 18 de marzo de 1988.

1.º ¿Cuál es el órgano que debe proceder a esa especificación? La Ley no sólo no aclara el tema sino que utiliza fórmulas —hoy día tan reiteradas como confusas— como «en su caso» o «en el ámbito de sus respectivas competencias».

No parece, en principio, que el Gobierno pueda dictar una disposición reglamentaria general, en ejecución de la ley, aplicable a los funcionarios tanto de la Administración del Estado como de las Comunidades Autónomas. El Gobierno deberá concretar la ley respecto de sus funcionarios y las Comunidades Autónomas —el órgano competente, que en cada caso podrá ser tanto el Consejo de Gobierno como el Parlamento— en lo referente a los suyos. La Ley 17/1993 tiene carácter básico pero no parece que dicho carácter pueda extenderse a una norma reglamentaria estatal de desarrollo (conforme a la doctrina sustentada en la STC 147/91, F.J. 4.º), dadas las características de esta Ley.

La cuestión es menos clara respecto a los funcionarios de la Administración Local, materia de por sí bastante confusa por el entrecruzamiento de competencias. El vigente Texto Refundido de Régimen Local (en adelante, TRRL) (21) atribuye al Ministerio para las Administraciones Públicas competencia para «establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse en las entidades locales las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de los puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación»; y, en relación con los funcionarios con habilitación de carácter nacional, «el desarrollo de su régimen general» (art. 129.2 TRRL, véase también el art. 90.2 LBRL).

Por otra parte, corresponde a las Corporaciones Locales «la aprobación de las plantillas y relaciones de puestos de trabajo», «el establecimiento de escalas, subescalas y clases de funcionarios» y «la determinación del procedimiento de ingreso en las subescalas de Administración Especial» (art. 129.3 TRRL; también en el art. 90 LBRL).

Pero es que además, en cuanto al régimen estatutario de los funcionarios de las Entidades Locales, es también aplicable la legislación de desarrollo que puedan aprobar las Comunidades Autónomas (art. 149.1.18 de la Constitución y art. 5.c de la LBRL).

El problema se acentúa con la incertidumbre relativa a la forma de desarrollo de esa remisión normativa, que a continuación vemos.

2.º ¿Qué tipo de disposición debe concretar los Cuerpos, escalas, plazas o empleos de acceso?

En la memoria presentada por el Gobierno acompañando al proyecto de ley se indicaba que la concreción de los Cuerpos de acceso podía hacerse «en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público u otra norma de igual rango y recogerse en la convocatoria de pruebas selectivas»; y también que, una vez determinados los Cuerpos o empleos, las Relaciones de Poes-

(21) Aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, basado en la autorización de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL).

tos de Trabajo deberán incluir los reservados a ciudadanos españoles o, en su caso, los abiertos a los comunitarios no españoles (22).

La solución apuntada plantea importantes objeciones desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, principio ya afectado como veíamos por las peculiaridades del ordenamiento comunitario en la materia. Porque, ni la temporalidad de la oferta de empleo público —que sólo se referirá a los puestos que ese año se pretendan cubrir— ni las mínimas exigencias de publicidad en lo que se refiere a las relaciones de puestos de trabajo —salvo que se publicaran de nuevo íntegramente (23)— proporcionan la suficiente generalidad y permanencia que, a mi juicio, exige esa disposición de desarrollo. Esta, so pena de agravar más la falta de certeza en la materia, deberá ser una disposición general, de carácter normativo, que especifique los cuerpos, escalas, empleos o plazas de libre acceso a los ciudadanos comunitarios no nacionales; así como los puestos que, a pesar de dicha apertura, queden reservados a los nacionales. En suma, mediante una norma reglamentaria y no mediante actos administrativos dispersos con motivo de ofertas de empleo o convocatoria de plazas.

D) *La conformidad con el Derecho comunitario de la reserva a los nacionales de determinados puestos de trabajo en los términos en que se recoge en el apartado 3 del artículo 1.º de la Ley*

Como ya hemos indicado, el único criterio material que la Ley 17/1993 incorpora como límite infranqueable del acceso a la función pública por nacionales de otros Estados miembros de la Comunidad es el previsto en el apartado 3 del artículo 1.º:

«3. En todo caso, los puestos de trabajo de los sectores a que hace referencia el apartado 1 de este artículo, que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española, correspondiendo a cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, la determinación concreta de dichos puestos.»

La conjunción disyuntiva «o» que hemos subrayado revela que en este apartado los límites indicados son *alternativos*. Esto es, que basta que se

(22) Véase en la Documentación preparada y publicada por la Secretaría General del Congreso de los Diputados, núm. 106, págs. 690 y 692.

(23) Los artículos 15.3 y 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública prescriben la publicidad de estas relaciones. En el caso planteado obligaría a publicar íntegramente las relaciones de puestos de trabajo al servicio de las distintas Administraciones Públicas, lo que se acercaría a la solución que proponemos en el texto.

trate de cualquiera de esos dos supuestos para que pueda impedirse el acceso a la función pública.

Frente a este criterio, la casi totalidad de la jurisprudencia comunitaria recoge la conjunción copulativa «y», reflejando el carácter *concurrente* de ambos requisitos: no cabe invocar uno sólo de éstos sino que es preciso que se den ambos para impedir el acceso de los nacionales de otros Estados miembros. Hemos indicado que la casi totalidad de la jurisprudencia, puesto que el tema no es completamente pacífico en las resoluciones del TJCE. Por otra parte, en diferentes Conclusiones formuladas por los Abogados Generales, éstos han planteado al Tribunal comunitario la necesidad de reconocer el carácter acumulativo de ambos requisitos (24), sin que el Tribunal se haya referido de forma clara y explícita al tema. Sin embargo, a mi juicio, hay que entender que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige el cumplimiento de ambos requisitos por los siguientes motivos:

— En todas las sentencias sobre la materia, salvo en una de ellas, se incluye la conjunción «y», exigiéndose el cumplimiento de ambos requisitos.

— En la excepción planteada (STJCE de 16 de junio de 1987), el Tribunal no sólo no da argumento alguno que permita pensar en una modificación jurisprudencial sino que la utilización de la conjunción «o» parece responder, bien a una mera imprecisión, bien a su utilización a efectos puramente dialécticos, es decir, para destacar que en el supuesto planteado no se daba ni uno ni otro de los requisitos apuntados.

— En fin, entre los casos decididos por el Tribunal de Justicia ha habido algunos (como el supuesto de profesores de enseñanza media o enfermeros de hospitales públicos) en que expresamente se alegó que los puestos discutidos implicaban responsabilidad en la salvaguarda de los intereses generales, aunque no supusiese el ejercicio de potestades públicas; y fue precisamente por la ausencia de ese segundo requisito por lo que el Tribunal entendió que no se daba el supuesto autorizado por el artículo 48.4 TCEE, para vedar el acceso de los nacionales de otros Estados miembros a los empleos en la Administración Pública.

De lo expuesto cabe concluir que resulta más acorde con el Derecho comunitario sustituir la conjunción disyuntiva «o» por la conjunción copulativa «y» en el apartado 3 del artículo 1 de la Ley, puesto que la jurisprudencia comunitaria considera dichos requisitos como concurrentes más que alternativos (25).

(24) Así lo hizo el Abogado General Mancini en la STJCE de 3 de junio de 1986 y el Abogado General Lenz en la STJCE de 3 de julio de 1986.

(25) Entre los trabajos doctrinales que han estudiado este problema, se pueden destacar los siguientes: Rosy BACLET-HAINQUE: *L'Europe des emplois dans l'administration publique*, «Actualité Juridique Droit Administratif», núm. 4, 1990, págs. 224-232. Alegría BORRÁS: *Participación de los nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea en los concursos para la provisión de plazas del profesorado universitario*, «Revista de Instituciones Europeas», vol. 19, núm. 3, 1992, págs. 859-873. Julián CURRAL: *La Communauté et les*

Otra cosa es que esa mayor apertura no pueda tener otras repercusiones internas, como que ponga en cuestión lo indicado respecto a la cobertura constitucional, ya que puede ser mucho más discutible que se dé ésta ante una cláusula tan abierta como la citada.

En cualquier caso, como ya se ha subrayado, es el propio ordenamiento comunitario el causante de esa ambigüedad, siendo absolutamente imprescindible una norma —reglamento o directiva— que delimite y aclare la extensión de este derecho de los ciudadanos comunitarios.

IV. CONCLUSIÓN

Como señalaba al comienzo de esta exposición, la Ley 17/1993 es una muestra significativa de los pequeños hitos que jalonan la construcción europea y de sus repercusiones prácticas para el ciudadano comunitario. Que un ciudadano comunitario no español pueda ser funcionario público al servicio de una Administración española en sectores como la enseñanza, la investigación o la sanidad —y a la inversa, los españoles en los demás Estados miembros, en virtud de normas análogas a esta Ley—, supone, ante todo, un símbolo del proceso, lento pero constante, de esa integración. Pero representa también un nuevo derecho que pasa a formar parte del estatuto del ciudadano comunitario.

La Ley 17/1993 plantea, sin embargo, otros problemas derivados de las relaciones entre ordenamiento interno y ordenamiento comunitario. En este trabajo se han analizado algunos de ellos: la hipotética colisión con el

fonctions publiques nationales (L'article 48 paragraphe 4 du Traité CEE), «Revue Française d'Administration Publique», núm. 48, 1988, págs. 57-66. Louis DUBOIS: *La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 48 paragraphe 4 traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 6, 1987, págs. 949-962. A. C. EVANS: *Nationality law and free movement of persons in the EEC, with special reference to the British Nationality Act 1981*, «Yearbook of European Law», núm. 2, 1982, págs. 173-189. Jonathan FAULL: *Le critère de la nationalité dans le recrutement des fonctionnaires au Royaume-Uni*, «Administration Publique», núm. 4, 1990, págs. 263-267. John HANDOLL: *Article 48 paragraphe 4 EEC and non-national access to public employment*, «European Law Review», núm. 4, 1988, págs. 223-241. M. I. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ DEL VALLE: *El acceso a la función pública nacional por los nacionales de otros países comunitarios*, «Gaceta Jurídica de la CEE», serie B, abril de 1992, págs. 11-18. Ricardo HUESCA BOADILLA: *La noción de «empleos en la Administración pública» como excepción a la libre circulación de trabajadores*, «Noticias/CEE», núm. 39, 1988, págs. 67-71. Marc JAEGER: *La notion d'«emploi dans l'Administration publique» au sens de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE, à travers la jurisprudence de la Cour*, «Rivista di Diritto Europeo», núm. 4, 1990, págs. 785-802. Lucía MILLÁN MORO: *Algunas limitaciones a la libre circulación de personas en el Tratado CEE*, «Gaceta Jurídica de la CEE», Serie D, núm. 9, 1988, págs. 135-188. Jacques PERTEK: *Reconnaissance des diplômes et ouverture des emplois publics aux ressortissants communautaires*, «Actualité Juridique de Droit Administratif», 1991, págs. 680-689. Jean-Claude SECHE: *L'apport de l'arrêt de la Cour de Justice du 17 décembre 1980 (Commission c/Belgique, 149-79)*, «Administration Publique», núm. 4, 1990, págs. 249-252. Duccio M. TRAINA: *Libertà di circolazione nella comunità economica europea e pubblico impiego in Italia*, «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», núm. 2, 1991, págs. 329-377. Enrico TRAVERSA: *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès à l'enseignement*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 1, 1989, págs. 45-69

artículo 13.2 de nuestra Constitución o con el principio constitucional de reserva de ley en materia de función pública garantizado por el artículo 103.3 CE; la insuficiencia desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica de la regulación comunitaria de la materia y la exigencia de que aquélla sea salvada por las normas reglamentarias de desarrollo; o la posible contradicción entre la solución legal de la reserva de puestos a españoles y la jurisprudencia comunitaria. No voy a volver sobre esto. Me interesa, como conclusión, insistir en la necesidad de perfeccionar el sistema de relaciones entre el ordenamiento comunitario y los ordenamientos nacionales internos, en particular en una línea que nos sugiere la solución adoptada por la Ley 17/1993: la de mantener el necesario equilibrio entre principios formales y principios materiales. Es decir, que junto a los principios formales tan enérgicamente defendidos por el TJCE —autonomía, aplicabilidad inmediata, efecto directo, primacía...—, no se olviden principios materiales, como el de seguridad jurídica, que tan directamente afectan al ciudadano comunitario. En el ejemplo indicado, el reenvío formalmente correcto que la Ley 17/1993 hace al ordenamiento comunitario, se traduce en una incertidumbre manifiesta, al no existir una norma armonizadora a la que acudir para conocer la extensión del derecho reconocido sino una tipificación casuística e incompleta derivada de distintas resoluciones del TJCE. En otras palabras, el ciudadano comunitario, con ese reenvío no tiene certeza de los sectores a los que tiene acceso, y esto se puede ver agravado si en el ámbito interno no se dictan disposiciones generales de desarrollo que salven esas deficiencias. Por eso, principios materiales como el de seguridad jurídica exigen que el Derecho nacional colme las posibles insuficiencias del Derecho comunitario, que nunca puede ser un pretexto para reducir el alcance de los principios y garantías constitucionales internos.

