

Proceso selectivo de funcionario público y derecho de libertad religiosa

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

EXTRACTO

Gira el presente supuesto sobre una aspirante, miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, extremo que había hecho constar en la solicitud de admisión, a ingresar en el Cuerpo de Profesores, en la especialidad de Educación Infantil, y al percatarse de que una prueba de ese proceso se convocó para un sábado, día de precepto religioso para ella, solicitó, por escrito de la Administración, el cambio de fecha para el ejercicio, invocando el artículo 12.3 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. La Administración desestima su pretensión y, al no realizar la referida prueba, fue excluida del proceso selectivo. Interpuesto recurso contencioso-administrativo se resolvió en sentido desestimatorio a su pretensión, por lo que finaliza su peregrinar procesal interponiendo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En torno a estos hechos se plantean una serie de cuestiones jurídicas tales como qué recursos debió plantear, si está planteado en plazo, quiénes deben y pueden intervenir en este proceso, derechos fundamentales que podrían invocarse como vulnerados, consecuencias de no referir en el recurso la especial trascendencia constitucional, qué podría aducirse para justificar aquella, incidencia de la querrela criminal interpuesta contra la autoridad administrativa que desestimó su pretensión, posible extensión de efectos de la sentencia de amparo si fuera estimatoria y, finalmente, efectos posibles si se tramita el recurso de amparo siendo una ley la que prohíbe el aplazamiento de ejercicios en pruebas selectivas en situaciones como la que le ocurrió a la recurrente.

Palabras clave: proceso selectivo de funcionario público; derecho de libertad religiosa; educación; recurso contencioso-administrativo; recurso de amparo.

Fecha de entrada: 05-11-2018 / Fecha de aceptación: 23-11-2018

ENUNCIADO

Doña Gertrudis, miembro de la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día, concurrió al proceso selectivo convocado por la orden de 8 de abril del año XXX del ministerio competente en materia de educación para el acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y al Cuerpo de Maestros y para la adquisición de nuevas especialidades. En particular, doña Gertrudis aspiraba a ingresar en el Cuerpo de Maestros en la especialidad de Educación Infantil.

Las bases de la convocatoria exigían que los participantes acreditaran el conocimiento de la lengua inglesa (2.1 g). A tal efecto, la base séptima preveía que quienes no pudieran hacerlo mediante la presentación del certificado CELGA 4, de su validación, del curso de perfeccionamiento en lengua inglesa, del título de licenciado en Filología Inglesa o del curso de especialización en lengua inglesa, deberían realizar una prueba escrita a celebrar en la fecha que determinase la Dirección General de Centros y Recursos Humanos. Consistiría en la respuesta a varias cuestiones sobre el temario sobre la lengua inglesa, incluido como Anexo V a la convocatoria, y en una traducción del castellano al inglés. Quienes no obtuvieran la calificación de aptos quedarían excluidos del proceso selectivo que se desarrollaría a continuación.

Por resolución de 30 de mayo del mismo año de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos se convocó la prueba de conocimiento del inglés para el sábado 18 de junio de igual año a las 10:00 horas en el Instituto de Enseñanza Secundaria «Aló Carmena».

Doña Gertrudis que, al presentar su solicitud para participar en el proceso selectivo hizo constar su condición de miembro comulgante de la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día y que el sábado era día de precepto religioso para ella, solicitó el 13 de junio que se le realizara en otra fecha la prueba de conocimiento de la lengua. Entonces recordó su anterior escrito e invocó el artículo 12.3 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. La Dirección General de Centros y Recursos Humanos desestimó, en resolución de 15 de junio,

la petición de doña Gertrudis argumentando que, conforme a las bases, se trataba de una prueba de llamamiento único a realizar en unidad de acto. En este sentido, se debe tener presente que fueron llamadas otras 48 personas a la misma.

Doña Gertrudis no concurrió a la realización de esta prueba y, en consecuencia, fue excluida del proceso selectivo. Por eso, está decidida a recurrir la resolución por la que fue excluida del referido proceso selectivo. En concreto interpone recurso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales basado en la vulneración de derechos de la Constitución y en que la resolución fue dictada por un órgano incompetente.

El órgano jurisdiccional competente, el 1 de septiembre (no hay más festivos en ese mes que los cuatro domingos), le notifica sentencia desestimatoria de sus pretensiones.

Ante ella, interpone recurso de amparo constitucional el día 5 de octubre del mismo año, sin haber recurrido en vía contenciosa la sentencia desestimatoria dictada. Además, interpuso querrela penal por un presunto delito de prevaricación contra la autoridad administrativa que desestimó su pretensión, no permitiéndole hacer la prueba otro día.

En el escrito olvidó justificar la especial trascendencia constitucional, por lo que solicitó más adelante que se le concediera un plazo para subsanar este defecto. Además, reprocha a la Administración haberse limitado a responder negativamente a su petición sin ofrecerle alternativas, ni buscar compatibilizar todos los intereses en conflicto, por ejemplo ofreciéndole realizar la misma prueba que el resto de los participantes a partir de la puesta del sol el mismo sábado, aislándola hasta ese momento. Asimismo, recordó que había advertido de su condición con suficiente antelación para que la Administración adoptase las oportunas medidas para que pudiera realizar el ejercicio de forma compatible con sus convicciones religiosas. También deja constancia de que en la fase de prueba doña Ramona acreditó que la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) permite realizar los exámenes en una fecha distinta a la prevista con carácter general y que, pese a que esa posibilidad está prevista para los supuestos en que coincida la de dos asignaturas, pueden acogerse a ella quienes profesan alguna confesión religiosa que les impida su realización en los días marcados. Asimismo, tuvo por probado que el Ministerio de Sanidad, en unas pruebas selectivas de formación sanitaria especializada, admitió que los interesados se examinaran fuera del horario religioso del sábado y les exigió para ello que acudieran a la hora de la convocatoria general –15,30 h del sábado– a la sede del ministerio, donde permanecieron incomunicados hasta la puesta del sol, momento en que se les hizo el mismo examen que ya habían realizado los demás aspirantes.

Cuestiones planteadas:

- A) ¿Qué recurso o recursos podría interponer y ante qué órgano jurisdiccional? ¿Resulta ajustado a derecho el recurso finalmente interpuesto? ¿Qué artículos de la

- Constitución y de otras leyes podría invocar en su recurso respecto al fondo del asunto?
- B) ¿Está el recurso de amparo interpuesto en plazo? ¿Agotó la vía judicial previa para poder acudir al recurso de amparo?
 - C) ¿Quiénes deben y pueden intervenir en este proceso?
 - D) ¿Debió concedérsele plazo para la subsanación ante la carencia de la especial trascendencia constitucional que obvió en su escrito de demanda? ¿Cómo justificaría en este caso la especial trascendencia constitucional?
 - E) ¿Cómo debería resolverse el recurso de amparo interpuesto? ¿Qué recurso cabría contra la decisión?
 - F) En su opinión, ¿cómo debería resolverse el recurso, en cuanto al fondo de la cuestión?
 - G) ¿Tendría alguna consecuencia o efectos el procedimiento penal incoado por que-rella de la recurrente contra la autoridad administrativa autora de la resolución que no estimó inicialmente su pretensión?
 - H) ¿Sería posible la extensión de los efectos de la sentencia de amparo, si hubiera sido estimatoria, al resto de opositores que se encontraron en idéntica situación?
 - I) ¿Qué hubiera ocurrido si se tramita el recurso de amparo siendo una ley la que prohíbe el aplazamiento de ejercicios en pruebas selectivas en situaciones como la que le ocurrió a la recurrente?

SOLUCIÓN

- A) ¿Qué recurso o recursos podría interponer y ante qué órgano jurisdiccional? ¿Resulta ajustado a derecho el recurso finalmente interpuesto? ¿Qué artículos de la Constitución y de otras leyes podría invocar en su recurso respecto al fondo del asunto?**

En primer lugar, el recurso contencioso-administrativo. Puede ser el ordinario o podría ser el especial de los artículos 114 y ss. de la LJCA (Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales y libertades de la persona), toda vez que podría invocarse la vulneración de algún derecho o libertad fundamental, como por ejemplo el del artículo 16.1 de la CE donde se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin

más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

Según el artículo 10 i) de la LJCA, serán competencia de las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de ministro o secretario de estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

Por lo tanto, si acierta en el recurso planteado, pero sobre los motivos señalamos que a través de este proceso solo puede enjuiciarse la posible vulneración de los derechos fundamentales, nunca cuestiones de legalidad ordinaria, como es la posible incompetencia del órgano que dictó la resolución impugnada, que debe ventilarse a través del procedimiento contencioso-administrativo ordinario. Por eso, el tribunal, en este caso, no analizará la cuestión de la incompetencia del órgano administrativo que dictó la resolución.

Agotada la vía judicial ordinaria podría acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los artículos de la Constitución que podría invocar son: artículos 9.2, 16.1 y 53.1 de la Constitución, también el artículo 2.1 apartado b) de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa y el citado artículo 12.2 3 de la Ley 24/1992.

B) ¿Está el recurso de amparo interpuesto en plazo? ¿Agotó la vía judicial previa para poder acudir al recurso de amparo?

Se le notificó la sentencia el día 1 de septiembre e interpuso el recurso de amparo el día 5 de octubre del mismo año.

A tenor del artículo 43 de la LOTC:

«1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

3. El recurso solo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo».

Por su parte, el artículo 44 de la LOTC señala:

«1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial».

Si la vía seguida es la del artículo 43, como parece obvio, porque la violación tiene su origen en la resolución administrativa, el plazo era de 20 días desde la notificación de la resolución –se trata, según la LEC, de días hábiles–, luego el recurso era extemporáneo. Se notificó la sentencia el día 1 de septiembre y se interpuso el recurso de amparo el día 5 de octubre.

No es violación de órgano judicial, pues el artículo 44 habla de «origen inmediato y directo en un acto u omisión del órgano judicial», y aquí no lo es, pues este órgano se limita a reproducir lo que había resuelto la Administración. Si no fuese esta la interpretación, nunca se podría utilizar la vía del artículo 43 porque se exige agotar la vía judicial previa siempre con anterioridad al recurso de amparo.

Por otro lado, se había agotado la vía judicial previa, pese a que:

- No se recurriera en casación la sentencia dictada. En los artículos 86 y ss. de la LJCA se regula el recurso de casación. En concreto el apartado 1 del citado artículo 86 señala que «las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo».

Por su parte, el artículo 88 señala que:

«1. El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

2. El tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna incurre en algunos de los supuestos que señala ese apartado. En concreto, después, añade que se presume interés casacional cuando [...] i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales».

Pero no se exige un recurso extraordinario –el de casación– por motivos tasados, donde no se pueden reexaminar los hechos y la valoración de las pruebas; normalmente, no es una segunda instancia, como lo es el de apelación, para agotar la vía judicial.

- Y se omitiera el incidente de nulidad de los actos procesales que se regula en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), concretamente en el capítulo III del título III del libro III (arts. 238 a 243), denominado «De la nulidad de los actos judiciales», y en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, concretamente en el capítulo IX del título V del libro I, denominado «De la nulidad de las actuaciones judiciales» (arts. 225 a 231), expresión esta de mayor calado histórico y la más frecuentemente empleada en el argot judicial. La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 prácticamente ha incorporado la regulación de la LOPJ de 1985 con leves retoques, normativa que desde 1985 ha sido objeto de importantes reformas al socaire de la evolución de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en la materia.

No era preciso este incidente al provenir la presunta vulneración del derecho fundamental de la Administración y no del Poder Judicial.

En este sentido, señala el artículo 241 que «1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

C) ¿Quiénes deben y pueden intervenir en este proceso?

Por otra parte, el artículo 47 de la LOTC indica:

«1. Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto

o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo.

2. El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley».

Pueden intervenir todos los que fueron favorecidos por la resolución que lo excluyó a él, o sea, el resto de candidatos al acceso al Cuerpo de Profesores de Artes Plásticas y Diseño y al Cuerpo de Maestros y para la adquisición de nuevas especialidades.

D) ¿Debió concedérsele plazo para la subsanación ante la carencia de la especial trascendencia constitucional que obvió en su escrito de demanda? ¿Cómo justificaría en este caso la especial trascendencia constitucional?

Señalamos, a continuación, lo que se entiende por «especial trascendencia constitucional» y los requisitos a cumplir, en su caso.

El artículo 49 de la LOTC indica: «1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

El nuevo artículo 50.1 b) de la LOTC exige para admitir a trámite una demanda de amparo «que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

En una primera aproximación, puede entenderse que el primer y tercer criterios en realidad regulan supuestos parecidos, si bien el primero se centra en la hermenéutica de la Constitución en general y el tercero en los derechos fundamentales en particular. El segundo criterio hace referencia a la eficacia de la Constitución o a su aplicación por parte de las autoridades públicas.

Para la determinación de la noción de especial trascendencia constitucional y de los criterios legalmente establecidos para su apreciación apenas sirve la experiencia jurisprudencial acumulada sobre la causa de inadmisión consistente en la «manifiesta carencia de contenido» del anterior artículo 50.1 c) de la LOTC, pues en la aplicación de dicha causa el Tribunal Constitucional ha venido realizando un juicio anticipado sobre la existencia o no de la vulneración de un derecho fundamental, de tal forma que la dimensión subjetiva del derecho fundamental ha cobrado protagonismo casi exclusivo.

Requisitos:

1. Debe probarse por el recurrente y, además,
2. No es requisito subsanable.

La propia naturaleza sustantiva y la función que cumple la carga establecida en el inciso final del artículo 49.1 de la LOTC, en relación con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LOTC, impiden considerar que este requisito sea de naturaleza subsanable, no siendo, en consecuencia, procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el artículo 49.4 de la LOTC, ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente, salvo que lo haga dentro del plazo legal para recurrir.

La subsanación de defectos de la demanda no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión, porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones, que habían de conducir a la misma admisión a trámite, pudieran ser introducidas *ex novo* posteriormente a la presentación de la demanda derecho.

No es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental. Se trata de un requisito que no cabe confundir con la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar sobre la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. El recurrente, por tanto, aparte de razonar la vulneración invocada, habrá de justificar expresamente, en su demanda de amparo, la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda al Tribunal Constitucional reconstruir de oficio la demanda, cuando el recurrente incumpla la obligación de justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo.

Criterios sobre especial trascendencia constitucional

1. La lesión del derecho fundamental como punto de partida

Aunque para la admisión del recurso de amparo ya no sea suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo, el recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. Por ello, como recuerda el ATC 188/2008, de 21 de julio, la argumentación sobre la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo, y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del artículo 49.1 de la LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de

los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado.

2. Supuestos de especial trascendencia constitucional

El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, hacía preciso que el Tribunal Constitucional concretara el concepto y alcance del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional, y así lo ha hecho en la STC 155/2009, de 25 de junio, que pasamos a comentar. La interpretación se hace de manera precisa y detallada, indicando los supuestos en los que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Se trata, sin embargo, de una relación abierta, que no puede ser entendida como «un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opondría, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º).

a) Cuestión constitucional nueva

Cuando el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional. Es aparentemente uno de los supuestos más claros, pues cuando se plantean cuestiones no resueltas o no suficientemente desarrolladas por la jurisprudencia constitucional sobre el ámbito y significado de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el recurso siempre tendría una especial trascendencia constitucional y estaría justificada su admisión a trámite. No obstante la claridad de su enunciado, no está de más precisar que una cuestión nueva –sobre la que «que no haya doctrina»– no es, sin más, la falta de precedente en la jurisprudencia constitucional en atención a las singulares circunstancias del caso, pues la novedad se refiere no al supuesto fáctico sino al contenido o elemento del derecho fundamental invocado y sobre el cual no hubiera aún doctrina constitucional. Lo que se exige, por tanto, es que se plantee una «cuestión constitucional nueva», y no una casuística nueva en cuestiones ya resueltas por la jurisprudencia constitucional.

b) Aclaración o cambio de doctrina constitucional

Cuando el recurso dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpreta-

ción de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE (por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que puedan afectar a los derechos amparables, o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas).

Este es, por cierto, el caso de la STC 155/2009, que comentamos, en la que el Tribunal Constitucional cambia su doctrina sobre el principio acusatorio, en el punto relativo a la vinculación del juez con la concreta petición de pena de las acusaciones, siendo uno de los escasos casos expresos de *overruling* en la doctrina constitucional.

c) Cuando la vulneración provenga de la ley o norma aplicada

Cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general. Cabe recordar que en nuestro sistema no existe el amparo directo contra leyes, pero sí puede cuestionarse indirectamente una ley a través del recurso de amparo cuando el origen de la lesión esté en la ley. En este concreto supuesto, a diferencia de los otros, solo el Tribunal Constitucional podría reparar la lesión. Como regla general, el tribunal deberá plantear la llamada autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad, suspendiendo la tramitación del recurso de amparo hasta que haya pronunciamiento sobre la ley en cuestión.

d) Interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del derecho fundamental

Cuando la vulneración del derecho traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley, que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución. Este supuesto de trascendencia, referido a la aplicación de la Constitución por los poderes públicos, en muchos casos podrá enlazarse con el primero de los apuntados (cuestión constitucional nueva), pues lo pretendido es revisar o corregir la interpretación jurisprudencial de la ley, en los casos sobre los que no hay doctrina constitucional y se considere insuficiente o deficiente la tutela de los derechos fundamentales.

e) Incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional

Cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisprudencia ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros. Este criterio, que también se refiere a la inaplicación o incorrecta aplicación de la Constitución, parece distinguir, de una parte, entre el incumplimiento general (por varios órganos judiciales) y el incumplimiento reiterado (por un mismo órgano judicial) de la jurisprudencia constitucional, aunque no queda del todo claro si ambos deben concurrir conjuntamente.

Se trata de un problema más aparente que real, pues casi siempre podrá considerarse como general el reiterado y viceversa. De otra parte, al incumplimiento se equipara la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, con la pretensión de «unificar» la interpretación y aplicación judicial de la propia doctrina constitucional. En ambos casos, su concurrencia solo puede apreciarse en virtud de indicios, para lo cual es importante la información y argumentación que aporte el recurrente en amparo.

f) Negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional

Podría producirse en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional que impone el artículo 5 de la LOPJ. El artículo 5 de la LOPJ, como es sabido, dispone que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y «vincula a todos los Jueces y Tribunales quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». A diferencia del incumplimiento general o reiterado de la doctrina constitucional del apartado anterior, en este basta que un solo órgano judicial, en una única resolución, se aparte expresamente de la doctrina constitucional, pues lo que se pretende corregir en vía de amparo son los casos –realmente excepcionales– de «rebeldía manifiesta» a acatar la jurisprudencia constitucional.

g) Transcendencia general de los efectos del amparo

Cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto, porque plantee una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social o económica, o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios. La trascendencia por las consecuencias jurídicas o políticas generales parece evidente en los amparos electorales, si se tiene en cuenta que en los mismos pueden plantearse cuestiones sobre la proclamación tanto de candidaturas como de cargos electos, o discutir los resultados electorales que pueden decidir la mayoría política o determinar cambios significativos en el parlamento nacional, los parlamentos autonómicos o las corporaciones locales. También lo es respecto de los amparos parlamentarios *ex* artículo 42 de la LOTC, en los que pueden abordarse, entre otras, cuestiones tales como los controles parlamentarios o el ejercicio de la función representativa, máxime cuando, a diferencia de los demás amparos, en los parlamentarios no puede haber tutela judicial previa para remediar la lesión.

Más difícil será determinar cuándo la estimación del amparo genera una situación de amplia trascendencia social o económica. La doctrina del Tribunal Constitucional alemán entiende que esto concurre cuando la resolución de la cuestión pueda afectar a un número importante de litigios, o que pudiera cobrar relevancia en casos futuros, criterios estos que concuerdan con los

fijados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la concesión de un *writ of certiorari*.

Sin duda, en la jurisprudencia constitucional española fácilmente pueden encontrarse muchos casos en los que, de haber estado vigente el nuevo modelo de admisión, probablemente se hubiera apreciado trascendencia social o económica por su incidencia en temas tributarios, de seguridad social, salarial, sindical, educativa, de prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, etc.

3. Posibles nuevos supuestos y cuestiones pendientes

Los criterios apuntados en la STC 155/2009, que se acaban de exponer, no agotan los supuestos de posible trascendencia constitucional, pues el propio Tribunal Constitucional se ha cuidado de advertir que no constituyen un elenco cerrado y sería posible incorporar, en el futuro, nuevos criterios o redefinir los contemplados.

Sin duda, una de las cuestiones pendientes –y quizá más la controvertida– es la de precisar qué papel tenga, como criterio de admisión, la función subjetiva del recurso de amparo. En principio, dado el carácter objetivo del recurso, a partir de la reforma, el problema de la especial gravedad del perjuicio subjetivo o la especial gravedad de la lesión constitucional solo podrá anudarse a la «generalidad» de los efectos del amparo.

Sin embargo, tampoco cabe descartar que, en algunos supuestos, se imponga exclusivamente la protección subjetiva, si de la lesión de un derecho fundamental se deriva un perjuicio especialmente grave para el recurrente de amparo, siempre y cuando se justifique la especial trascendencia constitucional, no por la violación del derecho fundamental, que no sería suficiente, sino por el perjuicio derivado de la misma.

Lo mismo podría ocurrir si se denunciara una violación crasa de la Constitución o un tratamiento frívolo de los derechos fundamentales por los poderes públicos, o si fuera necesario corregir actuaciones administrativas o jurisdiccionales que tengan efecto disuasorio del ejercicio de los derechos fundamentales. Creo que, en estos casos, sería factible acuñar nuevos criterios de trascendencia constitucional, o entender que su resolución, más allá del supuesto concreto, tiene una trascendencia jurídica general, aunque solo fuera para reafirmar la vigencia de la doctrina constitucional.

E) ¿Cómo debería resolverse el recurso de amparo interpuesto en este caso concreto? ¿Qué recurso cabría contra la decisión?

No admitiéndose por ser extemporáneo y no haberse justificado la especial trascendencia constitucional. Aquí podría haberse indicado el incumplimiento de la doctrina constitucional que, en casos parecidos, ha admitido el aplazamiento de la prueba selectiva.

El artículo 50 de la LOTC señala:

«1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49 [en este caso, era extemporáneo].

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [este sí se había acreditado, por ser procedimiento especial en materia de protección de derechos fundamentales].

2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución.

3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna».

F) En su opinión, ¿cómo debería resolverse el recurso, en cuanto al fondo de la cuestión?

La demanda sostenía que la resolución recurrida restringió injustificadamente su derecho a la libertad religiosa. Además de invocar los artículos 9.2, 16.1 y 53.1 de la Constitución, alegó también el artículo 2.1 apartado b) de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa y reprochó a la Administración haberse limitado a responder negativamente a su petición sin ofrecerle alternativas ni buscar compatibilizar todos los intereses en conflicto, por ejemplo ofreciéndole realizar la misma prueba que el resto de los participantes a partir de la puesta del sol el mismo sábado, aislándola hasta ese momento. Asimismo, recordó que había advertido de su condición con suficiente antelación para que la Administración adoptase las oportunas medidas para que pudiera realizar el ejercicio de forma compatible con sus convicciones religiosas.

Despejado este extremo, se identifica el núcleo del pleito: determinar si al negar la Administración a la recurrente la posibilidad de realizar la prueba de conocimiento del inglés un día distinto del sábado, vulneró su derecho a conducirse externamente con arreglo a su convicción

religiosa o si, por el contrario, resulta correcta por resultar fundada razonablemente. También deja constancia de que, en la fase de prueba, acreditó que la UNED permite realizar los exámenes en una fecha distinta a la prevista con carácter general y que, pese a que esa posibilidad está prevista para los supuestos en que coincida la de dos asignaturas, pueden acogerse a ella quienes profesan alguna confesión religiosa que les impida su realización en los días marcados. Asimismo, tuvo por probado que el Ministerio de Sanidad, en unas pruebas selectivas de formación sanitaria especializada, admitió que los interesados se examinaran fuera del horario religioso del sábado y les exigió para ello que acudieran a la hora de la convocatoria general –15,30 h del sábado– a la sede del ministerio, donde permanecieron incomunicados hasta la puesta del sol, momento en que se les hizo el mismo examen que ya habían realizado los demás aspirantes.

El artículo 12 de la Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (vigente hasta el 30 de junio de 2017) señala que:

«1. El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.

2. Los alumnos de las Iglesias mencionadas en el número 1 de este artículo, que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela.

3. Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del período de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida».

Entrando en el examen del motivo y de la oposición que se le ha hecho señalamos que el recurso contencioso-administrativo se interpuso contra la resolución de 15 de junio de 2011, de la Dirección General de Centros y Recursos Humanos, que desestimó la solicitud. Las referencias que hace la demanda a la comunicación que hizo al presentar su solicitud para participar en el proceso selectivo tienen el sentido de situar en su contexto la petición y poner de manifiesto simplemente que hizo saber desde el primer momento a la Administración su condición religiosa. Versa el debate sobre si el derecho fundamental a la libertad religiosa, en los términos en que lo ha regulado el legislador, comprende pretensiones como la demandante quiso hacer valer en sede administrativa.

El problema afrontado y resuelto en los términos conocidos por la sentencia impugnada se refiere a si esa particular manifestación del derecho fundamental a la libertad religiosa debe ceder o no ante las causas hechas valer por la Administración: el llamamiento único, la unidad de acto y la garantía del principio de igualdad. Se trata de una cuestión que no se plantea en abstracto sino en el concreto marco jurídico establecido.

Tenemos, por tanto, un derecho fundamental, el reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución, que ha sido objeto de la atención del legislador, tanto para desarrollarlo –Ley Orgánica 7/1980– cuanto para regular su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución) respecto de los miembros de determinadas confesiones en virtud de acuerdos con ellas recogidos legalmente. Exactamente lo que ha sucedido con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España y con la Ley 24/1992, conforme a lo previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1980, que ha aprobado el acuerdo alcanzado con ella.

El artículo 12 de esa Ley 24/1992 indica, literalmente:

«1. El descanso laboral semanal, para los fieles de la Unión de Iglesias Adventistas del Séptimo Día y de otras Iglesias evangélicas, pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, cuyo día de precepto sea el sábado, podrá comprender, siempre que medie acuerdo entre las partes, la tarde del viernes y el día completo del sábado, en sustitución del que establece el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores como regla general.

2. Los alumnos de las Iglesias mencionadas en el número 1 de este artículo, que cursen estudios en centros de enseñanza públicos y privados concertados, estarán dispensados de la asistencia a clase y de la celebración de exámenes desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado, a petición propia o de quienes ejerzan la patria potestad o tutela.

3. Los exámenes, oposiciones o pruebas selectivas convocadas para el ingreso en las Administraciones Públicas, que hayan de celebrarse dentro del período de tiempo expresado en el número anterior, serán señalados en una fecha alternativa para los fieles de las Iglesias a que se refiere el número 1 de este artículo, cuando no haya causa motivada que lo impida».

Por tanto, tenemos que, siendo la señora miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, puede acogerse a lo previsto en este precepto. También observamos que su apartado 3 contempla exactamente el supuesto que se ha dado: la convocatoria para la celebración de una prueba parte de un proceso selectivo para el ingreso en las Administraciones públicas, en un período comprendido entre la puesta de sol del viernes y la puesta del sol del sábado. Y, además, resulta que la ley, para ese caso ordena –«serán señalados», dice– que esos exámenes o pruebas selectivas se hagan para los fieles de las iglesias concernidas en una fecha alternativa «cuando no haya causa motivada que lo impida».

Los criterios de interpretación admitidos en Derecho nos ayudan a concluir que la regla en estos casos debe ser el uso de una fecha alternativa y la excepción la negativa a ello y que, como todas las reglas excepcionales, ha de ser objeto de un entendimiento restrictivo. Asimismo, sabiendo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiteradamente afirmado el mayor valor de los derechos fundamentales y llamado a interpretar el ordenamiento jurídico de la manera más favorable a su efectividad, postulados estos tan consolidados que excusan de la cita de sentencias que los proclamen, esa anterior conclusión se ve reforzada y converge con las razones anteriores hacia la ulterior afirmación de que la causa que impida celebrar en fecha alternativa la prueba o examen ha de tener entidad suficiente y que la Administración la ha de poner de relieve con precisión.

Llegados a este punto, no cabe sino decir que, en este singular caso, la Administración no ha identificado una causa que posea la entidad necesaria para imponer la solución que el legislador ha considerado como excepción. No lo ha hecho porque, tal como resulta de los elementos presentes en el proceso, es evidente que existen soluciones alternativas que permiten conciliar los derechos en conflicto: la práctica seguida por la UNED de ofrecer la posibilidad de examinarse en fechas distintas y con exámenes diferentes muestra que pueden evaluarse los conocimientos, aun con pruebas distintas del mismo nivel de exigencia, práctica que es técnicamente viable y una realidad admitida legalmente y utilizada en todos aquellos procesos selectivos en los que, por ejemplo, se prevén pruebas orales consistentes en la respuesta a temas elegidos. O la observada por el Ministerio de Sanidad.

Además, sucede que en ocasiones en las que se ha planteado el conflicto entre la situación personal concreta de un aspirante que no le permitía realizar en condiciones de igualdad una determinada prueba, esta Sala no ha encontrado obstáculo para acceder a su solicitud de efectuarla en un momento distinto al inicialmente previsto en la unidad del acto ni en el llamamiento único (sentencias de 14 de marzo de 2014 [rec. de casación 4371/2012] y 27 de abril de 2009 [4595/2005]). Y aunque esas sentencias consideraban supuestos relacionados con la maternidad inminente o con impedimentos físicos derivados de una intervención quirúrgica, no hay obstáculo para tenerlas en cuenta a los efectos indicados porque muestran que la unidad del acto o el llamamiento único en procesos selectivos no poseen por sí solos entidad bastante para prevalecer frente a un derecho fundamental.

Por tanto, el motivo debe prosperar porque la sentencia de instancia debió discurrir en el sentido que acabamos de indicar en vez de limitarse a aceptar la justificación dada por la Administración, en realidad meramente formal y, ciertamente, como dice la recurrente, tendente en la práctica a dejar sin contenido el artículo 12.3 de la Ley 24/1992.

G) ¿Tendría alguna consecuencia o efectos el procedimiento penal incoado por querrela de la recurrente contra la autoridad administrativa autora de la resolución que no estimó inicialmente su pretensión?

Señala el artículo 91 de la LOTC que el tribunal podrá suspender el procedimiento que se sigue ante el mismo hasta la resolución de un proceso penal pendiente ante un juzgado o tribunal de este orden.

H) ¿Sería posible la extensión de los efectos de la sentencia de amparo, si hubiera sido estimatoria, al resto de opositores que se encontraron en idéntica situación?

Indica el artículo 164: «1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos frente a todos».

En la LOTC no se contempla esta posibilidad. El debate u objeto del recurso de amparo gira en torno a la presunta vulneración de un derecho de una persona que impugnó la resolución administrativa. Luego, tiene solo efectos sobre ella.

I) ¿Qué hubiera ocurrido si se tramita el recurso de amparo siendo una ley la que prohíbe el aplazamiento de ejercicios en pruebas selectivas en situaciones como la que le ocurrió a la recurrente?

Cabe recordar que en nuestro sistema no existe el amparo directo contra leyes, pero sí puede cuestionarse indirectamente una ley a través del recurso de amparo cuando el origen de la lesión esté en la ley. En este concreto supuesto, a diferencia de los otros, solo el Tribunal Constitucional podría reparar la lesión. Como regla general, el Tribunal deberá plantear la llamada autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad, suspendiendo la tramitación del recurso de amparo hasta que haya pronunciamiento sobre la ley en cuestión.

Por su parte, el artículo 55.2 de la LOTC especifica que en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la sala o, en su caso, la sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución española, arts. 9, 16 y 53.
- Ley Orgánica 3/1979 (Tribunal Constitucional), arts. 42, 43, 44, 47, 49, 50, 55, 93, 143 y 164.
- Ley Orgánica 7/1980 (Libertad Religiosa), art. 12.
- Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 5 y 241.

- Ley 24/1992 (Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas), arts. 12 y 13.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 10, 86, 88 y 114 y ss.
- STC 155/2009 (NCJ049936).
- STS, Sala 3.ª, Sección 7.ª, rec. núm. 1851/2014 (NCJ060171).