

ENRIC FOSSAS ESPADALER: *El derecho de acceso a los cargos públicos*. Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ (*)

Mediante el análisis del artículo 23 CE, realiza Fossas Espadaler en esta obra un estudio singular y exhaustivo acerca de un derecho fundamental que ha experimentado una considerable transformación por obra de la doctrina científica y de la jurisprudencia constitucional, y que, en la actualidad se perfila como un instrumento idóneo para el control jurisdiccional de los elementos determinantes de la configuración democrática del Estado: el sistema electoral y el funcionamiento de los órganos representativos.

Se estructura la investigación del autor según el esquema habitual pacíficamente aceptado por la doctrina científica española: partiendo de la concepción del derecho de participación política en los albores del Estado liberal, se muestra la variación de su significado al socaire de la propia evolución del constitucionalismo occidental. Tras su ubicación sistemática en nuestro actual catálogo de derechos, se analiza con suma agudeza el contenido de las dos vertientes con las que constitucionalmente se consagra: la activa o derecho de participación a través de representantes (art. 23.1), y la pasiva o derecho de acceso a los cargos representativos en condiciones de igualdad (art. 23.2); procediendo seguidamente a exponer, con incisiva

(*) Letrado de la Asamblea de Madrid.

precisión, los mecanismos de interconexión como elementos claves para la comprensión de su actual significado.

I

Como es sabido, el constitucionalismo liberal clásico adopta una posición de desconocimiento sustantivo hacia los que Burdeau denominara derechos de libertad-participación, si bien se les atribuye un valor adjetivo como meros instrumentos al servicio de un mejor y más efectivo ejercicio de los derechos de libertad-autonomía; de tal forma que el derecho de participación no constituye un fin en sí mismo sino que se configura como una mera garantía de procedimiento para el ejercicio de la libertad individual (Cerroni), que, en la medida en que no tiene por qué ser garantizado a todos, sino tan sólo al ciudadano –al burgués–, favorece la concepción del sufragio como función y su consecuente articulación práctica a través de sistemas electorales censitarios.

Mediante el sufragio funcional, que pretende su legitimación a través del concepto de la representación política liberal, se persigue el establecimiento de una organización que realice un determinado y concreto tipo de libertad; la que Constant denominara «libertad de los modernos», oponiéndola a la «libertad de los antiguos» impregnada de participación. En otra sede, ya advertiría Ignacio de Otto, que en el constitucionalismo liberal la garantía de la propiedad privada no se fundamenta en el valor normativo de la Constitución (que no tiene reconocido), sino en el establecimiento del sufragio censitario.

Debilidad política y estructural de los derechos democráticos y subordinación de éstos al ejercicio de los derechos civiles son las características del Estado liberal, en el que sólo impropiamente se puede hablar de la participación política como derecho fundamental.

El tránsito del liberalismo a la democracia conlleva el progresivo entendimiento del concepto de libertad como cooperación del individuo en el ejercicio del poder estatal, sin alcanzar, no obstante, el sentido de la «isocratia» griega. El componente democrático que se añade a la igualdad liberal va a precisar de un elemento instrumental y de otro teleológico, de forma tal que los órganos del aparato estatal habrán de ejercer el poder no sólo en representación, sino también en interés del pueblo. Pueblo que, como señala Kriele, pierde su significación parcial (burguesa) y adquiere una dimensión global identificándose con todos los destinatarios del poder, imponiéndose el correlato necesario del sufragio universal. El ciudadano deja de ser objeto para ser sujeto de la política, y se garantiza la coexistencia sin subordinación de los derechos civiles y políticos a través de la Constitución democrática, que se erige como auténtica norma jurídica, adquiriendo el derecho de participación política el carácter de derecho fundamental «en virtud del carácter democrático del Estado, como un elemento básico de todo el sistema constitucional» (STC 26/1990, de 19 de febrero).

II

La ubicación sistemática del artículo 23 en la Constitución Española de 1978 entronca directamente con la fórmula consagrada en su artículo primero, donde destaca sobremanera el elemento democrático como lógica consumación evolutiva de la arquitectura constitucional del Estado; arquitectura que se levanta según los esquemas de la democracia representativa y parlamentaria, con enormes cautelas frente a las instituciones de democracia directa. Por ello, como ya apuntara Sánchez Morón, el derecho de participación política no puede ser entendido en un sentido voluntarista, sino enmarcado en los cauces constitucionales de la representación política.

Como posible vía de profundización en el carácter democrático del artículo 23 CE, apunta Fossas Espadaler la proyección sobre el mismo del contenido social del artículo 9.2 CE,

que compromete a los poderes públicos en una realización real, efectiva y plena de la igualdad y la libertad. No obstante, el propio autor reconoce la necesaria precaución que ha de presidir la interacción del principio social sobre el democrático, toda vez que mientras del primero se desprenden objetivos que se alcanzarán a través de los mecanismos articulados por los ocasionales detentadores del poder, los cauces estructurales de participación política se encuentran constitucionalmente predeterminados. Es decir, mientras la cláusula del Estado Social sólo puede establecer un grado de vinculación mínimo –por propias exigencias del principio democrático–, a fin de garantizar la misma esencia de la democracia (*the earth belongs always to the living generation*), por contra, y en palabras de Fossas: «las mayorías gobernantes sólo pueden disponer sobre los mecanismos participativos que la Constitución contempla y en los términos que ella misma prevea».

La real incidencia de la proyección del principio social sobre el democrático no se va a producir mediante una eventual profundización en los tradicionales mecanismos de democracia directa, que el propio autor desmitifica, sino precisamente a través del instrumento que fue causa y efecto de la construcción social del Estado: los partidos políticos. Estos, al insertarse en los esquemas propios de la representación liberal, los transforman, configurando la denominada democracia de partidos, instaurando fácticamente una nueva forma de representación por virtud del surgimiento de un pseudomandato imperativo que el partido ejerce sobre aquellos de sus afiliados que ostentan cargos de representación política.

Este proceso transformador alcanza al mismo concepto de participación, debido al incremento cuantitativo de los sujetos políticamente activos; lo que unido a su continuidad y heterogeneidad, origina una osmósis institucional que provoca el derumbe de la rígida separación Estado-sociedad propia del liberalismo burgués; configurándose los partidos políticos como instrumento fundamental –aunque no único– en el proceso de participación política, evitando la monopolización del mismo

y sirviendo de garantía estratégica del pluralismo político (art. 6 CE).

Y es en este contexto jurídico-político, agudamente analizado por el autor, donde se sitúa el punto de partida para el análisis del contenido del derecho del artículo 23 CE; derecho fundamental, de eficacia directa que goza del más alto grado de protección normativa y que se estructura en dos vertientes que Fossas Espadaler examina con metódica precisión.

III

La vertiente activa, constituida por el derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), configura un «status activae civitatis» en la conocida clasificación de Jellineck. Tras exponer la polémica doctrinal surgida al delimitar el alcance de la expresión «asuntos públicos», señala el autor que la cuestión puede entenderse zanjada, entre nosotros, por la jurisprudencia constitucional que entiende «que el derecho del artículo 23.1 CE no tiene por objeto la participación en la vida social, económica y cultural, ni tan siquiera la participación en todos los poderes de la estructura estatal, sino tan sólo la participación política ejercida, ya sea a través de las instituciones de democracia directa (referéndums, iniciativa popular), ya sea a través de procedimientos electivos dirigidos a designar, por parte de los ciudadanos, a los representantes de las instituciones políticas de todos los niveles del Estado» (STC 51/1984, de 25 de abril).

La declaración del Alto Tribunal no implica desconocer otras formas de participación no estrictamente política, simplemente señala que estas otras formas participativas, ya sean culturales, sociales o económicas, carecen de la protección sustantiva y procesal que otorga el recurso de amparo; lo que no obsta para que puedan ser contempladas y articuladas por el legislador en virtud de la cláusula habilitadora del artículo 9.2 CE.

La vertiente pasiva del derecho de participación política se define en el apartado segundo del artículo 23 CE. El autor limita su estudio al derecho de acceso a los cargos públicos, extendidos éstos en un sentido excluyente como cargos de representación política, por lo que quedan fuera de su alcance los funcionariales o no representativos. Y aún respecto de los cargos públicos, se realiza una nueva delimitación, circunscribiéndose a aquéllos «cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos» (STC 10/1983, de 21 de febrero). Queda así pues limitado el ámbito del artículo 23.2 CE a una específica garantía del derecho electoral pasivo, mientras que el artículo 23.1 despliega sus virtualidades sobre el ejercicio del derecho de sufragio activo; actuando como punto de conexión central entre las dos vertientes de la participación el propio concepto de la representación política, concepto que, para la jurisprudencia constitucional, se define en nuestros días en función de su carácter instrumental y su significación de «unidad de voluntades» entre representante y representados, modificándose así en sentido democrático su concepción liberal, al sustituir a la nación por el cuerpo electoral como sujeto pasivo de dicha relación.

Pero además, como muy acertadamente resalta Fossas Espadaler, para el Alto Tribunal, la relación representativa se presenta conectada de forma inmediata a la relación electiva, de tal forma que el mecanismo jurídico de atribución del status representativo no puede ser otro que el de la elección; lo que lleva al Tribunal Constitucional a negar el carácter representativo de los cargos resultantes de las denominadas elecciones de segundo grado (alcaldes, diputados provinciales, etc.).

Pero la vinculación de la representación a la elección no se agota en el puro acceso, sino que se mantiene durante toda la vigencia del mandato, de forma tal que la permanencia de los representantes tendrá así mismo su fundamento en la voluntad de los electores; voluntad que se expresará a través de los instrumentos de participación activa, mediante elecciones pe-

riódicas, materializando el principio de temporalidad del poder como elemento estructural del Estado Democrático. La anudación de la voluntad del cuerpo electoral a la permanencia del representante en el cargo, iniciada con la concepción burguesa del «government représentatif» va a originar ciertas disfuncionalidades en el contexto de la democracia de partidos, como ya hiciera notar la más temprana doctrina del Tribunal Constitucional Alemán al interpretar el artículo 21 de la Ley Fundamental de Bonn. La jurisprudencia germana matizará el grado de vinculación al cuerpo electoral en aquellos sistemas electorales en los que los votantes deben canalizar su voluntad a través de listas cerradas y bloqueadas, reconociendo que, en los mismos, ha de otorgarse cierto protagonismo en la línea representativa a los partidos políticos, que rompen la relación y, por tanto, la vinculación directa del representante con el elector.

No obstante, y a pesar de estar configurado nuestro actual sistema electoral mediante técnicas electivas en las que priman sobremanera las listas cerradas y bloqueadas, cuya elaboración, «item mas», es obra prácticamente exclusiva de las cúpulas dirigentes de los aparatos partidistas; nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado contundente al reafirmar y llevar a sus últimas consecuencias la doctrina de la vinculación directa representante-elector, y así, afirma que «no cabe considerar constitucionalmente legítima una organización de la representación en la que los representantes puedan ser privados de su función por una decisión que no emane de los propios electores» (STC 10/1983), lo que lleva a Fossas Espadaler a afirmar que el Alto Tribunal parece desconocer la realidad política y el orden jurídico-constitucional de nuestro país. Esta circunstancia obedecería, según el propio autor, a que el Tribunal Constitucional ha estado más atento a la *naturaleza* de los partidos políticos que a las *funciones* que a los mismos atribuye la Carta Magna. Como dice Ballarín, la doctrina del Tribunal refleja, en su complejidad, la de la Constitución misma, que, de un lado recoge los supuestos clásicos del principio

representativo, y de otro, da entrada jurídicamente a los presupuestos del Estado de partidos.

IV

La titularidad del derecho de participación se atribuye en el artículo 23.2 a los ciudadanos, entendiendo Fossas Espadaler por tal, a los nacionales. No obstante, el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 en relación a la posible contradicción del artículo 13.2 CE con el artículo 8. B del Tratado de Maastricht, ha negado carácter limitativo al artículo 23 CE, señalando que el precepto constitucional que establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos del artículo 23 CE sería el artículo 13. CE. En el mismo se opera una primera limitación a favor de los nacionales, ampliable, mediante ley o tratado y en el ámbito de las elecciones municipales, respecto del sufragio activo; ampliación que puede incidir, tras la primera enmienda constitucional, en el sufragio pasivo municipal.

Como vemos, nos hallamos ante un derecho de «configuración legal»; es decir, y en el ámbito concreto del artículo 23.2, el derecho de acceso a los cargos públicos no se predica de todos los ciudadanos indiscriminadamente, sino tan sólo de aquellos en que concurren los presupuestos definidos por la ley; a saber, requisitos de capacidad y ausencia de causas de inelegibilidad. Como distingue certeramente el autor, del *derecho sustantivo* de acceder a los cargos públicos no son titulares todos los españoles (y extranjeros en los términos del 13.2 CE), sino aquellos que reúnan los requisitos legales. Sin embargo, del derecho fundamental del artículo 23.2 CE sí son titulares todos los españoles (y los extranjeros en el ámbito del 13.2 CE) en cuanto *derecho reaccional* dirigido a impugnar ante la jurisdicción ordinaria y/o constitucional los actos de los poderes públicos que hayan podido impedir o menoscabar el acceso en condiciones igualitarias.

V

Define Fossas Espadaler el objeto del derecho de participación política como la situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso, la permanencia y el ejercicio de los cargos públicos; mientras que el contenido lo constituye la facultad de reaccionar frente al menoscabo de primero a través de las técnicas de garantía previstas en el ordenamiento.

De ambas definiciones surge una primera identificación del derecho de participación con el principio de igualdad, pues, como la justicia constitucional ha precisado, cabe el ejercicio del derecho reaccional frente a requisitos de acceso que, aún legalmente establecidos, tengan carácter discriminatorio (STC 47/1990); concluyendo, en última instancia, que el artículo 23.2 CE no es otra cosa que una concreción o especificación del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, en el ámbito de participación y representación política.

Tras la primera identificación, se produce una paulatina dilatación del objeto del derecho de participación como consecuencia del respeto a las garantías formales establecidas en la ley, y, precisamente, en virtud de su concepción como derecho de configuración legal. Esta ampliación trasciende el momento del acceso y se proyecta y manifiesta durante todo el ejercicio del cargo, impidiendo el cese o perturbación ilegítima en su desempeño. Ahora bien, como criterio delimitador de la no discriminación se va a utilizar —en los cargos de carácter representativo— además del ya señalado principio de igualdad, el denominado «elemento de congruencia» que trae causa de la distinción mayoría-minorías, de tal forma que podrá afirmarse que no todo tratamiento diferente o distinto lesionará el objeto del derecho de participación, sino sólo en la medida en que sus fundamentos resulten irrazonables o arbitrarios.

En el proceso expansivo del objeto del derecho, el Tribunal Constitucional español ha seguido muy de cerca las pautas del alemán, de forma que se han ido incorporando al haz de las

facultades del artículo 23.2 CE, derechos como el de petición de información –reconocido a los Diputados en el artículo 7.1 del Reglamento del Congreso–, el derecho de las minorías a que su opinión sea oída en los órganos de los que formen parte, e incluso muy recientemente, el derecho a la percepción de las retribuciones establecidas para el desempeño del cargo (STC 161/1988). El fundamento de la extensión del objeto ha sido siempre el mismo: el concepto de la representación política como instrumento de conexión entre la vertiente activa y pasiva del derecho de participación. Y la potencialidad real de la expansión ha sido tal que ha permitido al Alto Tribunal superar la doctrina de los «acta interna corporis» admitiendo la posibilidad de su enjuiciamiento en sede constitucional en la medida en que a los mismos pueda imputarse una concreta vulneración de derechos fundamentales; doctrina ésta hoy plenamente consolidada.

VI

Finaliza el autor su obra con unas interesantes reflexiones sobre el carácter del derecho de configuración legal, señalando –como tempranamente hiciera Soriano Díaz– que a pesar de tal concepción, no se otorga un margen de libre discrecionalidad al legislador ni de libre interpretación a los órganos judiciales; pues en modo alguno puede olvidarse que los derechos del artículo 23 CE, y en concreto los de su apartado segundo, son derechos fundamentales, y el cumplimiento e interpretación que de los mismos se haga, ha de trascender necesariamente la legalidad ordinaria para entroncar directamente con el texto constitucional.

Así pues, se puede afirmar con Fossas Espadaler, que lo que realmente caracteriza el derecho del artículo 23.2 CE, es su carácter «reaccional», a cuyo servicio el ordenamiento jurídico establece una panoplia de garantías instrumentales que el autor analiza en el último capítulo de su obra.

En conclusión, la obra de Fossas Espadaler, constituye una interesante y valiosa investigación que supera el ámbito de los derechos fundamentales para incidir sobre uno de los aspectos más problemáticos y sugerentes de las modernas sociedades democráticas de masas: la participación política como elemento legitimador y racionalizador del poder.