

«LA DIFÍCIL NOCIÓN DE CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO Y SU FUNCIÓN DELIMITADORA DE UNO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN»

JAVIER GARCÍA ROCA (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA IMPRECISA NOCIÓN DE «CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO» Y LAS NOTAS O ELEMENTOS QUE LA CARACTERIZAN.—1. *Son cargos que se ejercen en entes públicos con base territorial y no en cualesquiera organizaciones con algún grado de intervención por parte de un poder público.*—2. *Son cargos «creados» por los ciudadanos en virtud de una relación de representación política y mediante elección directa o indirecta.*—3. *No son cargos públicos representativos los cargos funcionariales o aquellos a los que los funcionarios acceden por elección de sus iguales.*—4. *El derecho a desempeñar los cargos públicos representativos como ius in officium.*—5. *Los cargos públicos representativos se ejercen por los representantes de manera individual y en los grupos en que se integran.*—6. *El cargo público representativo ostenta un derecho reactivo y de autonomía frente a agresiones ilegítimas causadas por muy diversos sujetos pasivos.*

(*) Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid, Letrado excedente del Tribunal Constitucional.

«Ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de vouloir pour la Nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir pour elle» (Diputado Barnave, *Archives parlementaires*, 10 agosto 1791, pág. 381, citado por Nicolò Zanon: *Il libero mandato parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1991, pág. 3).

I. INTRODUCCIÓN

La idea de «cargo público representativo» y el estatuto de derechos y deberes que comporta supone –a mi juicio– una importante contribución jurisprudencial a la idea de democracia representativa; una aportación que ha sido efectuada por el Tribunal Constitucional mediante una interpretación tópica y, en consecuencia, ceñida a una multiplicidad de casos y de subsiguientes pronunciamientos, pero que –como ya he dicho– estimo que acaba por configurar un elemento estructural de la misma democracia.

No obstante, la inteligencia de esta doctrina jurisprudencial, ante el extenso número de pronunciamientos y la ambigüedad y, en ocasiones, contradicciones que algunas resoluciones judiciales contienen, necesita de una imprescindible reconstrucción y de una adecuada sistematización, para lo cual es menester

partir, en sede académica, de una división del artículo 23.2 de la Constitución en dos normas constitucionales diversas.

En efecto, a diferencia de como en algunos de los primeros estudios doctrinales se hizo (1), creo que es un presupuesto científico ineludible, para una recta comprensión de este complejo precepto constitucional y su ulterior exégesis, su segregación en dos normas independientes con el fin de analizar por separado ambos derechos fundamentales que en el artículo 23.2 se constitucionalizan: el acceso a aquellos cargos públicos que tengan origen en el sufragio universal de los ciudadanos, de una parte, y el acceso a las funciones que los servidores públicos desempeñan en ciertas Administraciones públicas de otra. Un estudio conjunto de los dos derechos podría llevarnos a conclusiones desacertadas dadas sus diferencias.

Conviene caer en la cuenta de que «cargos públicos» y «funciones públicas» no son siempre conceptos tan preciso, ostentan, por el contrario, considerables dosis de indeterminación dentro de la Norma fundamental. De manera que no es extraño que el Tribunal Constitucional haya usado conjuntamente estos términos, y que, a veces, maneje las dos expresiones y los derechos fundamentales que, respectivamente, identifican de forma algo confusa.

Es imprescindible, pues, reflexionar –sin continuar con un mero seguidismo de la jurisprudencia, pero sin desconocerla– sobre el alcance de esas cláusulas constitucionales, puesto que configuran el ámbito subjetivo de los dos derechos fundamentales que el citado artículo 23.2 constitucionaliza, y acaban por acotar o delimitar la realidad social sobre la que estos derechos fundamentales se proyectan y tienen por objeto.

(1) Véase MANUEL PULIDO: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del art. 23.2 de la Constitución)*, Ed. Civitas, Madrid, 1992. El estudio, abundante en información, de este antiguo Letrado del Tribunal Constitucional y pionero en el tratamiento del precepto constitucional que nos ocupa me ha sido de gran utilidad.

La exégesis que el Tribunal ha hecho del artículo 23.2 de la Constitución se asemeja más a lo que Böckenförde llama una «interpretación constructiva», en cuanto verdaderamente «define» o «construye» la norma constitucional que se deduce del precepto, que a una mera explicitación de los mandatos contenidos en dicho artículo con la finalidad de su aplicación al caso (2); mas no conviene asustarse, casi siempre es así en la interpretación constitucional y, probablemente, no podría ser de otra manera por la misma elasticidad, brevedad e indeterminación del reconocimiento constitucional de ambos derechos que en ese precepto se recogen.

Y pese a los resultados positivos para la juridicidad inherente al Estado de Derecho que, en términos generales, estimo la jurisprudencia recaída ha producido, parece haberse efectuado —me temo— en vez de mediante un sosegado y preciso juicio previo sobre el ámbito subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales en juego —algo que no siempre es posible en sede constitucional, entre otras razones, por la sobrecarga de asuntos y la misma naturaleza de toda jurisprudencia— en virtud de una «interpretación tópica» (3), a veces demasiado apegada al caso y desprovista de una nítida imagen previa del núcleo del derecho y, en consecuencia, con insuficiencias o problemas en la motivación, e inevitablemente cargada de dudas, algunas oscilaciones y sensibles rectificaciones, constitutivas, según los casos, tanto de avances como de retrocesos. Acaso —ya se ha dicho— como acontece con cualquier jurisprudencia.

(2) Véase ERNEST BOLFGANG BOCKENFORDE: *State, society and liberty. Studies in political theory and Constitutional Law*, Berg, New York-Oxford, 1991, parágrafo 8, «The basic rights: theory and interpretation», pág. 175 y sigs. Hay traducción posterior de este artículo al castellano.

(3) La percepción de que la jurisprudencia constitucional, como cualquier jurisprudencia, tiene, inevitablemente, una dimensión más propia de una interpretación tópica que de otra sistemática se aprecia bien en GIORGIO LOMBARDI: «L'autonomia contabile degli organi costituzionali: garanzia o privilegio» en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, parte I, pág. 1283 y sigs.

Parece haber llegado la hora de afrontar una mayor construcción dogmática de dichos derechos. Pero, antes de acometer esa labor, considero que, para cualquier jurista, debe ser un trámite inexcusable y previo a ulteriores profundizaciones –de las que, si la fortuna me asiste, pienso ocuparme– reconstruir la idea de «cargo público» que subyace, expresa o tácitamente, en la profusa jurisprudencia constitucional; y, a mayor abundamiento, dado el mencionado carácter constructivo de la misma. Una labor que ensayaré mediante la decantación de sucesivas notas o elementos definitorios, complementarios entre sí y que encuentren apoyo en distintas resoluciones judiciales seleccionadas; una selección hecha –como todas– con criterios personales y sin ánimo alguno de una exhaustividad en la cita de los pronunciamientos que entorpecería los fines expositivos y la misma trabazón del discurso; además, el hecho de que las notas que caracterizan la noción se separen para su exposición de manera analítica, pero sean acumulativas, producirá algunas inevitables reiteraciones o solapamientos. Mas es preciso, al tiempo, para que la jurisprudencia no se encierre en sus propios monólogos, intentar someter esas notas al test que entraña indagar si poseen, aunque sea de manera aún muy provisional, una fundamentación o justificación teórica desde la unidad hermenéutica del sistema de normas constitucionales o desde el propio sentido del Estado constitucional. Es éste un presupuesto metodológico del estudio, aunque aunar ambas cosas, noticia de jurisprudencia y una preliminar reflexión doctrinal, pueda producir el riesgo de no alcanzar a cuajar un discurso único.

Debe quedar, en suma, claro que no he pretendido elaborar por vía abstracta y deductiva un verdadero concepto de «cargo público representativo» sino inducir la noción, idea o conocimiento –siempre más elemental que un concepto– que estimo subyace en la jurisprudencia constitucional que ha construido los contornos del derecho fundamental, pero también preguntarme brevemente sobre su sentido y suscitar mis propios interrogantes para que el estudio no quede en una reseña de jurisprudencia. Las dimensiones de este artículo y su propio objeto, que trata de ofrecer una visión de conjunto, me impedirán, sin

embargo, ahondar ahora en la exposición de numerosos extremos, como singularmente ocurre con la posición del Tribunal sobre la representación, los llamados derechos de configuración legal o acerca de la protección que el derecho fundamental ofrece a las facultades que integran el estatuto de estos cargos; quedarán pospuestas esas labores para un posterior estudio de mayor extensión que me encuentro elaborando.

Para facilitar la lectura y la comprensión de esta interacción o alimentación recíproca entre resoluciones judiciales y unas primeras consideraciones teóricas, esbozadas o pergeñadas al hilo de las mismas, he separado en el texto unas y otras siempre que ha sido posible, situándolas en epígrafes distintos, encabezados por títulos descriptivos de sus contenidos e identificados por letras sucesivas.

La elaboración virginal de un concepto que sirviera de sustento al derecho fundamental, al margen de la jurisprudencia recaída en casi tres lustros, me parecía un empeño más propio de la filosofía jurídica que del derecho constitucional, a la par que, de un lado, dudo de que hubiera podido alcanzar el distanciamiento suficiente para objetivamente descontaminarme de una jurisprudencia que he ido siguiendo estrechamente desde hace tiempo y, de otro, ignoro si las fuerzas me hubieran acompañado en tal esfuerzo. No oculto, sin embargo, que considero que la construcción dogmática del derecho fundamental que nos ocupa requiere de una elaboración más pausada, y que, si bien la fundamentación de la jurisprudencia emanada acerca del artículo 23.2 de la Constitución y el método hermenéutico utilizado –derechos de configuración legal delimitados por los Reglamentos parlamentarios o la Ley electoral– son discutibles y requieren de un exámen crítico, los fallos dictados pueden haber producido, en general, resultados positivos.

II. LA IMPRECISA NOCIÓN DE «CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO» Y LAS NOTAS O ELEMENTOS QUE LA CARACTERIZAN

Nota primera. Son cargos que se ejercen en entes públicos con base territorial y no en cualesquiera organizaciones con algún grado de intervención por parte de un poder público.

- A) No son cargos desempeñados en cualquier organización con intervención pública.

Esta nota se deduce fácilmente –entre otros– de los diversos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha hecho en materia de Cajas de Ahorro y en los cuales se ha dicho que estos entes no son poderes públicos, pese a que su naturaleza tenga algún carácter público, como evidencia la participación de las Administraciones públicas en la designación de los miembros de sus Consejos de Administración, y, por consiguiente, que los cargos que en aquéllas se ejerzan no son cargos públicos a los efectos dispuestos en el artículo 23.2 de la Constitución (STC 18/1984, y las posteriores SSTC 133/1989 y 163/1991).

- B) Son cargos que ejercen en entes públicos de base territorial

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental viene constreñido a cargos que se ejerzan en corporaciones públicas de base territorial, así se ha venido sosteniendo desde la STC 23/1984, el caso de las elecciones a la Junta del Colegio de Abogados de Oviedo. Un supuesto de hecho enjuiciado en virtud de un recurso de amparo y en el que el Tribunal se negó a analizar una supuesta transgresión de derechos fundamentales acaecida en un proceso electoral de un Colegio profesional. Únicamente las Administraciones públicas contempladas en el artículo 137 de la Constitución –se aseve-

ró- constituyen un ámbito espacial sobre el que queda proyectar la vigencia del derecho fundamental.

- C) La protección del derecho fundamental no abarca todas las manifestaciones genéricas de participación

Sin embargo, no faltó quien criticó duramente esta primera Sentencia por entender que restringía indebidamente el ámbito de vigencia del derecho fundamental, respecto de la participación en los asuntos públicos *in genere* que el apartado 1.º del mismo artículo 23 predica (4). Un juicio que estimo no puede ser compartido. Mas es cierto que no es fácil hallar a primera vista una justificación de esta doctrina, es decir, un fundamento constitucional.

Probablemente sólo puede encontrarse en la circunstancia de que únicamente al conjunto de los entes territoriales en que se articula el Estado ordenamiento y en que, a la vez, se descompone, según el citado artículo 137 de la Constitución, cabe atribuir la soberanía política (la competencia de competencias) que unitariamente de todo el pueblo español predicen los artículos 2 y 1.2 de la Constitución, aunque todos esos entes territoriales participen de distinto modo de ella. Con esta posición no se hace sino recordar la íntima e inescindible conexión existente entre los elementos de la comunidad política estatal –pueblo, territorio y poder supremo– y los que componen sus fragmentos o entes territoriales infraestatales (5).

(4) Véase ANGEL SÁNCHEZ BLANCO: «Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos, la corrección de la unilateral perspectiva política» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 46, 1985, pág. 207 y sigs.

(5) Puede hacer al caso recordar el debate clásico sostenido entre JELLINEK y SANTI ROMANO a propósito de los llamados «fragmentos de Estado», a los estrictos efectos de recordar la profunda interrelación de los elementos estatales –territorio, pueblo y soberanía–. La teoría de los fragmentos de Estado fue elaborada por GEORG JELLINEK en *Über die Staatsfragmente* en 1896, hay

Sin ejercicio alguno de soberanía en un ámbito espacial por parte de los ciudadanos o, en su caso, del autogobierno o autonomía de un ente territorial que participa en la soberanía conjunta del Estado ordenamiento, de legitimación del poder político a través del circuito democrático que arranca del pueblo, no es lícito pensar en la existencia de un verdadero derecho de participación política.

Unas notas que no existen en los Colegios profesionales, pese a su demediada –y discutible– naturaleza, a caballo entre lo público y lo privado, donde prima su carácter de asociaciones de particulares, aunque, en parte, se combine con el de Administraciones corporativas que ejercen, sólo en virtud de la delegación del Estado, potestades públicas, pero en las que no existe ejercicio directo alguno de soberanía.

D) Un derecho de participación encaminado a construir la voluntad política del Estado

Debe tratarse, en definitiva, de un órgano inserto en la organización del Estado, en el aparato de los entes y Administraciones públicas, como razonablemente se deduce de la naturaleza del derecho fundamental en juego, que es un derecho de participación política de los ciudadanos en el Estado, y que configura lo que tradicionalmente hemos venido llamando desde la obra de Georg Jellinek *status activae civitatis* (6).

traducción al castellano con prólogo de MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN: *Fragments de Estado*, Civitas, Madrid, 1978. Fue especialmente criticada por SANTI ROMANO: «Sui cosidetti Staatsfragmente» en *Archivio Giuridico*, 1898, pág. 323 y sigs.

(6) GEORG JELLINEK: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traducción al italiano por GAETANO VITAGLIANO con prólogo de VITTORIO EMANUELE ORLANDO, Società Editrice Libreria, Milan, 1912. Una obra que he manejado en su primera traducción al italiano y que resulta bien conocida por la doctrina española, pero que barrunto acaso no ha sido leída con suficiente calma, pues no es frecuente su reseña detallada. No ocurre así en Alemania, CHRISTIAN STARCK, por ejemplo, se plantea la validez de la clasificación en *status* hecha por JELLI-

Ese dato es precisamente el que justifica el carácter de especificación de la genérica igualdad del artículo 14, entendida ahora como igualdad política y democrática, que este segmento del artículo 23.2 de la Constitución entraña. Por eso, creo que es una exageración proclamar el carácter ocioso o redundante de este precepto. Pero, sobre todo, porque la igualdad que el artículo 23.2 enuncia es una extraña igualdad que en numerosas ocasiones se aproxima más a un juicio de regularidad en el establecimiento o en la aplicación de los requisitos fijados por las Leyes para acceder, permanecer y ejercer los cargos tutelados.

Mas lo que, por el momento, interesa destacar es que habrá, sin duda, otras formas de participación en entes insertos en la sociedad civil o, incluso, en órganos del mismo aparato estatal, pero el derecho fundamental únicamente tutela –si bien específica y fuertemente y, por eso se configura como un derecho fundamental– un tipo de participación en la vida del Estado que resulta imprescindible para su existencia: la que los ciudadanos realizan para contribuir a formar la voluntad política de los órganos estatales.

La razón de ser de este doble tratamiento constitucional de la participación, que la misma presencia de los artículos 9.2 y 23.2 de la Constitución refleja, no puede ser, pues, otra que el carácter indefectible de la participación ciudadana mediante los sufragios activo y pasivo para la misma existencia real del Estado, así como para su legitimación democrática.

Es aquí donde el trabajo clásico de Georg Jellinek *Sistema de derechos públicos subjetivos*, aparecido en 1892, creo conser-

NEK y concluye afirmando que, si bien la *Grundgesetz* ha superado tal concepción de los derechos fundamentales propia del siglo XIX, su teoría de la distinción en *status* conserva todavía una función racionalizadora (pág. 2536); véase CHRISTIAN STARCK: «I diritti fondamentali nel Grundgesetz della Repubblica Federale di Germania» en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, fasc. 3, pág. 2521 y sigs.

va todavía gran parte de su validez como única teoría susceptible de explicar un fenómeno según el cual la persona jurídica estatal se procura voluntades humanas para formar su propia voluntad (7); o, en otras palabras, la dimensión esencialmente participativa de los derechos políticos, que lleva a que ejerciendo a través de ellos un derecho personal y mediante voluntades privadas se contribuya a formar la voluntad pública del Estado (*Staatswillensbildung*).

Veámoslo con algún detenimiento. Jellinek realiza una interesante descripción del *status activae civitatis* en el Capítulo X de su obra, intitulado «De las personas que actúan como órganos del Estado» (8); para él, la voluntad del Estado es una voluntad humana cuya formación, no obstante, debe ser realizada –de hecho o de derecho– por determinados individuos que ostentan –hoy diríamos– la titularidad de los órganos del Estado. Es función de las normas jurídicas determinar las personas y condiciones que permiten hacer tales manifestaciones. Unas normas que están establecidas eminentemente en interés del Estado, porque los órganos del Estado existen en consideración de éste. Lo cual podría llevar a pensar –dirá– que cualquier pretensión de participar en el Estado –v. gr. como Rey o como parlamentario– no puede configurar un derecho individual en vez de, a lo sumo, meros reflejos del derecho objetivo (y cita aquí la posición de Paul Laband cuando aseguraba que el derecho electoral no es un derecho adquirido, ya que sigue todos los cambios de la legislación). Pero esta opinión, tan natural a primera vista, resulta infundada –sostiene– cuando se profundiza en la cuestión, porque ¿cómo puede procurarse el Estado las voluntades físicas en que se concreta la compleja voluntad estatal? La respuesta sólo puede darse desde dos hipótesis: la imposición de una obligación o deber a los ciudadanos –como ocu-

(7) GEORG JELLINEK: *op. cit.*, pág. 151 y sigs., Capítulo X: «Lo stato attivo (*status activae civitatis*). Delle persone che funzionano come organi dello stato».

(8) *Ibidem*.

rre con el servicio militar o la participación en un jurado— o la atribución de un derecho.

En este segundo caso, el Estado —hoy diríamos la Constitución— atribuye al individuo una capacidad conexas con él, que no restringe la esfera del individuo con la imposición de una obligación, sino que la alarga con la capacidad de actuar como un órgano del Estado. En otras palabras, se atribuye al individuo un nuevo *status*. Este *status activae civitatis* se distingue del *status civitatis*, porque su contenido inmediato no es una pretensión jurídica realizable «frente» al Estado, como ocurre con este último, y sí la posibilidad de que el individuo sea objeto de una acción por parte del Estado que le integra en su ordenamiento como miembro del mismo. Y es exactamente lo opuesto del *status* negativo, porque en él se pretende actuar por el Estado y no su abstención. En cierta medida, se aproxima al *status* pasivo, pero se diferencia de él en que su finalidad radica en formar la voluntad del Estado y no en someterse a ella. Esta cualidad de las personas físicas no puede ser un mero reflejo de las normas jurídicas objetivas.

Cuando se deja a la libertad del individuo el ejercicio de funciones públicas necesarias para la comunidad estatal, el cumplimiento de estas funciones se garantiza únicamente en que al operar un interés general se satisfaga, al mismo tiempo, un interés individual. Este interés individual —concluye Jellinek— se manifiesta de manera más evidente y acentuada en el derecho de sucesión al trono, pero también en el derecho electoral y en los derechos de los representantes electos, o en el empleo público.

Hasta aquí la penetrante descripción de Jellinek, repleta de trabada lógica en las secuencias de su razonamiento, y relativa al curioso fenómeno según el cual al obrar en interés general se puede satisfacer un interés individual; o, mejor aún, cómo el ejercicio de una libertad o derecho de participación permite configurar la voluntad de los órganos estatales; de suerte que sólo la configuración del derecho electoral pasivo como un

derecho fundamental justifica el modo en que el Estado se procura personas físicas que contribuyan a la formación de la voluntad del Estado.

Una doble dimensión, objetiva o institucional y subjetiva o individual, que va a estar siempre presente en este derecho de participación política y de naturaleza esencialmente democrática.

Me ha fascinado descubrir que esta vieja explicación fenomenológica conserva en nuestros días validez y permite comprender todavía, en gran medida, cómo el derecho ex artículo 23.2 de la Constitución de acceso a los cargos públicos se inserta en la estructura que lleva a la formación de la voluntad política de los órganos del Estado.

Entiendo que no ocurre lo mismo –aunque el problema excede de los fines de este estudio y no puede detallar aquí su crítica– con la inercial identificación doctrinal entre el tradicional concepto de «derechos públicos subjetivos», tal y como la categoría fue elaborada en un momento autoritario por Jellinek, y los modernos «derechos fundamentales» reconocidos por una Constitución democrática, según denuncian, entre otros, Baldassarre y Starck (9).

(9) ANTONIO BALDASSARRE formula una aguda y bien trabada crítica a la probablemente desfasada idea de «derechos públicos subjetivos» de JELLINEK en el trabajo: «Diritti pubblici soggettivi», en VVAA *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, pág. 1 y sigs.; perspectiva crítica en la que coincide con STARCK (véase el artículo mencionado en la nota 6) y que comparto. BALDASSARRE denuncia el concreto carácter histórico e ideológico, autoritario y estatalista, de aquella teoría –que no debe ser confundida con la idea de derechos subjetivos–, que no se acomoda a las modernas necesidades de la nueva idea de Constitución democrática, que es una norma superior en jerarquía a la Ley y de la que emanan los derechos fundamentales hasta el punto de identificarse con ella, y que es una norma que viene a ordenar –si bien de manera diversa– no sólo el Estado sino también la sociedad civil.

Nota segunda. Son cargos «creados» por los ciudadanos en virtud de una relación de representación política y mediante elección directa o indirecta

- A) Un derecho de participación política que, sin embargo, sirve para configurar la representación política

Es también la STC 23/1984 la que, por primera vez, aclaró que, además de tratarse de cargos en corporaciones territoriales de carácter público, es menester la presencia de una relación de representación política constituida mediante la elección ciudadana.

- B) «Representación» y «elección» son conceptos que deben de ser diferenciados

Estamos, por tanto, ante un derecho democrático de participación política que coadyuva a configurar la representación política.

Conceptualmente –como ha recordado Luis María Díez Picazo– «representación» y «elección» son cosas distintas (10). Es bien notorio, por ejemplo, que el mandatario de derecho privado ostenta una relación de representación respecto de su mandante y, sin embargo, sólo con un uso impropio y extensivo del término podría hablarse de «elección», y, desde luego, no en el sentido que dicha expresión posee en el derecho constitucional moderno.

(10) Cfr. LUIS M. DÍEZ PICAZO: «Los criterios de representación proporcional del artículo 68.3 de la Constitución: su alcance y proyección a efectos distintos de la elección para el Congreso de los Diputados» en *Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Prof. García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2057 y sigs.; en concreto, «relación representativa y elección», págs. 2061 a 2065.

Pero, supuesta esta distinción, los cargos públicos que contemplan el derecho fundamental son aquellos configurados por una relación de representación política y que traen origen en el sufragio universal de los ciudadanos, tal y como corresponde a un derecho de naturaleza esencialmente democrática.

Si bien incluir la idea de representación entre los elementos que componen la noción es ya decir mucho, hasta el extremo de que desde esta caracterización deban –a mi entender– calificarse siempre esos puestos como «cargos públicos representativos», obviamente con esta afirmación no se da respuesta al tema, difícilmente desenmarañable, de qué sea en rigor la representación política –más allá de meras intuiciones– ni a cuál sea el concepto constitucionalmente más adecuado de «representación» (11). Un problema cuya solución desbordaría con mucho el objeto del presente estudio, si no los afanes y energías de este investigador. Baste, pues, con señalar ahora que la existencia de una relación de representación política de los ciudadanos o, lo que es lo mismo en un Estado democrático, de algún grado de conexión con el sufragio activo mediante la existencia en el origen de una concurrencia electoral,

(11) El interrogante se lo formula FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ: *El mandato parlamentario*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1991. Se trata –dice– de hallar un concepto constitucionalmente adecuado de representación –pág. 63 y sigs.– que integre los distintos mandatos constitucionales: artículo 67.2 (prohibición de mandato imperativo), artículo 79.3 (indelegabilidad del voto), y artículo 71 (prerrogativas parlamentarias), unos preceptos que parecen responder a los esquemas del constitucionalismo liberal; y el artículo 6 que constitucionaliza a los partidos políticos. Del mismo autor es «Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación constitucionalmente adecuada)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, núm. 36, pág. 123 y sigs. El siguiente trabajo de ANGEL GARRORENA MORALES pone de manifiesto el pasivo que supone el origen liberal y burgués de la representación, desatendido de todo momento ulterior, y construye algunas pautas para una reformulación teórica del concepto: *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991. Véase también, entre otros numerosos estudios, PABLO LUCAS MURILLO: «Problemas constitucionales de la representación política» en *Debate Abierto*, núm. 7, 1992, pág. 127 y sigs.

permite identificar el ámbito subjetivo y, al tiempo, objetivo del derecho fundamental.

Y habrá que concluir, por tanto, que tan cargo público representativo es a estos efectos el que procede del sufragio directo como del indirecto de segundo grado; de hecho, hay ejemplos de ambos en la jurisprudencia constitucional. Puesto que si de lo que se trata es de proteger y mantener la relación de representación política que los ciudadanos «crean» (12), porque la hacen nacer y le dan vida, y este fin constituye el verdadero fundamento del derecho, debe resultar indiferente el procedimiento con el que la elección se produzca, ya sea directo o indirecto. En este sentido, se emplea el verbo «crear» en el epígrafe que identifica la nota, es obvio que el cargo se crea en sentido estricto –se establece o introduce por vez primera– en una norma organizativa, pero son los ciudadanos quienes hacen nacer la relación política y representativa que constituye y erige el mandato representativo.

Incluso cabría pensar que, en los casos de sufragio indirecto de segundo grado, es menester tutelar con mayor intensidad los imperativos democráticos que proceden de la base –la ciudadanía– ante el riesgo de desaparición de la relación representativa, precisamente por la lejanía de esa elección indirecta respecto del sufragio activo expresado por los ciudadanos que está en el origen de la misma, y habida cuenta de los peligros que la mediación de una segunda elección pueda entrañar para la nuclear relación representativa que los ciudadanos fundan (13).

(12) ANGEL GARRORENA advierte bien que, cuando el apartado 1.º del artículo 23 de la Constitución dice que los representantes deben ser «libremente elegidos en elecciones periódicas», está indicando que la relación representativa se constituye de forma exclusiva en función de la voluntad de los electores libremente expresada a través del sufragio; el mandato parlamentario se adquiere y perfecciona únicamente por la proclamación como electo (*Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, pág. 25).

(13) El caso de las elecciones a la Diputación Provincial de Salamanca (STC 24/1989) ejemplifica el problema. No puede considerarse indiferente, a

C) La titularidad de este derecho de participación política corresponde a los ciudadanos

Por otro lado, conviene insistir en que resulta determinante de la naturaleza del derecho fundamental su titularidad por los «ciudadanos», quienes son sus sujetos según el propio tenor del artículo 23.2 de la Constitución. Pero, más allá de la literalidad del reconocimiento constitucional, es éste uno de los derechos históricamente connaturales a la misma condición de ciudadano.

La idea de «ciudadanía» –como es sabido– es esencialmente democrática, posee honda tradición en derecho constitucional y, pese a su origen revolucionario, recibe una formulación teórica clásica en las elaboraciones de Carl Schmitt y Rudolf Smend.

Para Schmitt, el ciudadano en la democracia es *citoyen* y no particular o burgués; y recuerda que, desde la idea del Estado de Hegel, el término «burgués» se liga a la propiedad o a la posesión de bienes y a la seguridad en el goce de las cosas –es indiferente al poseedor quien le proteja con tal de que lo haga–, al cabo, a las personas privadamente consideradas; en cambio, el término «ciudadano» atiende a la igualdad ante la Ley: tanto en *status* político como en el sufragio activo, en el servicio militar o en los impuestos o cargas que desde el Estado se impongan, así como –por lo que ahora interesa– a la hora de

los efectos representativos y a los intereses públicos que el derecho fundamental preserva, la composición de tal órgano público y la forma en que se elijan sus miembros. De esta manera podría haberse considerado –no se entró a revisar este extremo– como una interpretación de la legalidad electoral lesiva del derecho fundamental, el que no se admitiera por el Tribunal contencioso electoral de procedencia que los diputados se eligieran «por» los Concejales, pero no necesariamente «entre» ellos, según parece permitir una lectura literal –pero forzada– del artículo 206.1 de la LOREG.

desempeñar un cargo público y de garantizar la inexistencia de limitaciones indebidas a la elegibilidad (14).

Igualmente, Smend señala que el derecho alemán del Estado ha evolucionado desde el concepto antiguo de «burgués» (*Bürger*), como sinónimo de «ciudadano», a otra acepción más peyorativa que denota alguien movido por la búsqueda estricta de su interés particular y que precisamente se contrapone al «ciudadano», que es alguien ligado moralmente al Estado y que participa en la organización de la comunidad; esta comprensión de la ciudadanía hace posible salvaguardar la esencia de la Constitución y su defensa (15).

D) No son sujetos del derecho cualesquiera categoría de personas delimitadas por criterios distintos al de la ciudadanía

Sólo desde esta perspectiva puede comprenderse el alcance de determinadas resoluciones jurisprudenciales en las que –bien es cierto que sin largos razonamientos– se delimita el derecho fundamental por su conexión con el sufragio activo expresado en condición de ciudadano –*uti cives*– y se excluyen invocaciones sustentadas en cualquier otra condición o categoría de personas que venga delimitada conforme a criterios distintos al de la ciudadanía, v. gr., por razón de la profesión, o por ostentar el recurrente la condición de servidor público, en general, y, en particular, de Juez o Magistrado.

La expresión de cualquier clase de sufragio no basta, pues, para reclamar la aplicación del derecho fundamental es, por el contrario, preciso que el voto contribuya a erigir una relación

(14) CARL SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, traducción de F. AYALA, pág. 293.

(15) RUDOLF SMEND: *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1985, «Ciudadano y burgués en el Derecho Político Alemán», pág. 249 y sigs., texto de una conferencia pronunciada en Berlín en 1933.

de representación política que lleve a la formación democrática de la voluntad de los órganos del Estado mediante la colaboración de los ciudadanos.

Las demás manifestaciones de sufragio son indiferentes al derecho fundamental, pese a su innegable importancia para la vida de un Estado a la hora de tejer un entramado social imprescindible en un Estado democrático, que es también un Estado que necesita de la existencia de asociaciones intermedias entre la ciudadanía y el propio Estado, según sabemos bien desde las observaciones expresadas por Tocqueville en su conocido estudio sobre la democracia en América.

Puede no ser ocioso, por tanto, mencionar algunos de estos pronunciamientos jurisprudenciales.

Así, por ejemplo, en la STC 149/1988 se rechazó la reclamación presentada por unos funcionarios, en tal condición, y referida a unas elecciones a representantes del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Y, en el interesante ATC 942/1985, se inadmitió un recurso de amparo promovido por ciertos vocales del comité ejecutivo de la Asociación Profesional de la Magistratura que, en su condición de miembros de la carrera judicial y de anteriores electores, discutían la reforma del sistema de elección del Consejo General del Poder Judicial operada, que les privaba del sufragio por conceder la Ley la designación de los vocales de dicho órgano constitucional a ambas Cámaras de las Cortes Generales. Los derechos electorales de los Jueces y Magistrados no pueden venir cubiertos por el derecho fundamental.

E) Esta idea de «cargo público representativo» constituye un elemento de la moderna teoría de la democracia representativa

Sentada la titularidad del derecho por los ciudadanos, me parece de suma importancia, dar un paso más y resaltar que la

idea de «cargo público» (*ufficio, Amt*) deviene un elemento estructural de la democracia representativa y sólo desde ella puede ser precisada y rectamente comprendida.

Se trata de un empleo o «comisión» (*trusteeship*) de los titulares de los órganos dirigentes, fundado en una relación de «encargo» (*incarico*) o representación, que crean los ciudadanos con la elección, y que debe ser mantenida viva a lo largo de toda su duración –esto es sumamente importante– mediante el respeto a los vínculos precedentes de la base; se delimita de este modo la borrosa distinción entre el interés privado del titular del órgano y los intereses públicos a los que el órgano atiende.

Este concepto de los cargos públicos –sobre el que he contruido gran parte del estudio– procede de un enjundioso y seductor trabajo de Böckenförde (16), y resulta inseparable del buen entendimiento que este autor posee de la moderna democracia representativa, que ya no puede ser concebida como un vergonzante repliegue técnico de los Estados constitucionales contemporáneos ante la imposibilidad en la realidad de configurar un supuesto tipo ideal de democracia directa, sino como un modelo en sí mismo válido, pero cuya percepción requiere observar que es perfectamente posible una voluntad política colectiva distinta de la voluntad individual; para justificar este aserto, Böckenförde efectúa una brillante construcción doctrinal, que no es posible reseñar aquí con detalle, pero que puede adelantarse arranca del análisis fenomenológico de Kaufmann, de la relevancia en las sociedades contemporáneas de los intereses difusos, y de la conocida teoría de la organización de Heller (17).

Estas explicaciones, apresuradamente expuestas, de alguna manera estimo que coinciden con las consideraciones hechas

(16) Véase ERNEST BOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Democrazia e rappresentanza» en *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1985, pág. 227 y sigs.

(17) Idem.

entre nosotros por Pedro de Vega al poner de manifiesto que la idea de representación para lo que realmente sirve es para construir la voluntad popular, para sustituir a los electores por los elegidos, y, en consecuencia, legitimar el poder político (18).

Por lo demás, dada la ambigüedad de las nociones de «interés» y de «representación» –como certeramente han resaltado Norberto Bobbio y Anna Pitkin (19)– la tesis expuesta permite configurar la relación de representación política de una manera concreta y realista como un «programa o proyecto» que incumbe realizar a los representantes.

En efecto, según razona Gianfranco Pasquino, la representación consiste realmente en un programa de futuro que necesariamente conlleva un fenómeno de personalización del poder, o si se prefiere de sustitución política, pero que, precisamente por eso, debe venir provisto de un sistema de contrapesos: toda atribución de poder a un órgano ha de ir acompañada de una fuerte responsabilidad política del titular del mismo (20).

Por este motivo, para este autor, la representación política no puede agotarse en los partidos políticos, aunque sea fundamentalmente una representación por partidos, por eso, sin asu-

(18) PEDRO DE VEGA: «Significado constitucional de la representación política» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 44, 1985, pág. 25 y sigs.

(19) Vid. NORBERTO BOBBIO: «Rappresentanza e interesse» en *VVAA Rappresentanza e democrazia*, edición a cargo de G. PASQUINO, Saggi Tascabili Laterza, Bari, 1988, pág. 3 y sigs., quien destaca la ambigüedad del concepto de representación y la del genérico concepto de interés; un término que requiere siempre de un adjetivo: público o privado, particular o general, local o nacional...; para él, la clásica distinción entre representación privada de intereses y representación política se ha hecho cada vez más evanescente, al igual que ocurre entre interés general e intereses particulares, según pone de manifiesto el actual debate sobre el corporativismo. Véase también el más conocido trabajo de HANNA F. PITKIN: *El concepto de representación*, CEC, Madrid, 1985, especialmente págs. 157 a 183.

(20) Creo muy interesante el planteamiento que hace GIANFRANCO PASQUINO y que en el texto se reseña: «Rappresentanza e decisione» en *VVAA Rappresentanza e democrazia*, ob. cit., pág. 314 y sigs.

mir la crítica antipartidista, puede destacarse el valor de la función de los concretos representantes: la atribución de un poder personal a un cargo público debe ir acompañada de la responsabilidad del titular; es preciso recuperar el valor de los representantes mediante la atribución a cada cargo público de una esfera personalizada de poder que vaya unida a una responsabilidad política individualizada ante el electorado. Una sugerente idea que creo merece ser madurada a la luz de experiencias bien recientes.

Esta idea de la personalización del poder va unida a su concepción de la representación política en las actuales sociedades complejas, ya no como un espejo o fotografía de los intereses de la sociedad, sino como un programa o proyecto de toma de decisiones. Representación y decisión van unidas, lo cual debe conducir al potenciamiento de las asambleas elegidas, frente a otras sedes extraparlamentarias de toma de decisiones, pero también a la transparencia de las instituciones en su funcionamiento y a la mencionada responsabilidad del titular del poder. En suma, la representación política –según este diseño– es un proyecto, aunado a una previsión de responsabilidad de quien lo desarrolla.

- F) El derecho fundamental se aplica tanto a la elección directa como indirecta de los cargos públicos representativos

Escasa relevancia tiene poner de manifiesto que existen precedentes en la jurisprudencia constitucional de la aplicación del derecho tanto a Diputados en el Congreso como a Senadores elegidos en provincias y a miembros de Parlamentos territoriales o a Concejales, en cuanto supuestos todos ellos de elección mediante sufragio directo de representantes; la profusión de casos y su carácter bien conocido hace innecesario su cita.

Pero existen también muestras de cómo el Tribunal Constitucional preserva la vigencia del derecho fundamental ante

cargos públicos elegidos mediante sufragio indirecto de segundo grado.

Muy significativamente, es la importante STC 24/1989, que enjuicia el caso de las elecciones a la Diputación Provincial de Salamanca, la que extiende claramente la garantía a la elección indirecta de los Diputados Provinciales por los Concejales; se razona allí que nada impide la aplicación del artículo 23.2 a todo tipo de procesos electorales y, en concreto, a las Diputaciones; del mismo modo que también se aplica a estas elecciones indirectas, pese al tenor literal de su encabezamiento, el Título I de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) que erróneamente reza «disposiciones comunes para las elecciones por sufragio universal *directo*».

Pero también hay varios supuestos en que se revisa la elección de Senadores de designación autonómica por las respectivas Asambleas territoriales (SSTC 76/1989, 149/1990, 4/1992, etcétera...). De manera que la tesis que con razones conceptuales ha sido antes defendida encuentra apoyo jurisprudencial.

Es, sin embargo, cierto –como ha destacado Manuel Pulido (21)– que una primera línea de jurisprudencia constitucional estimó que la garantía de permanencia en los cargos públicos representativos que comporta el artículo 23.2 de la Constitución no alcanzaba a la destitución de un cargo representativo de segundo grado: a) así en el ATC 6/1984, sobre el cese del Alcalde de Rincón de la Victoria, se dijo que la reposición del cargo de alcalde no era materia cubierta por el artículo 23 de la Constitución; b) y, en la STC 5/1983, el caso del Alcalde de Andújar, se negó también que a la elección de Alcalde se pudieran trasladar, en cuanto elección de segundo grado, las consideraciones que allí se hacían sobre el cargo de Concejal.

(21) MANUEL PULIDO: *Op. cit.*, pág. 341 y sigs., «El acceso a los cargos públicos electivos: la representación de segundo grado», quien reproduce correctamente ambas líneas de jurisprudencia, pero, me parece, no formula una construcción doctrinal suficientemente razonada sobre cuál sea la doctrina constitucionalmente más adecuada. Un *impasse* del que es preciso salir.

Pero ambas son resoluciones que –según mi parecer– poseen una sucinta motivación en este extremo y no vienen acompañadas de un razonamiento que quepa entender bastante para desechar que el cargo de Alcalde sea un cargo público representativo, es decir, un cargo que se ostenta en representación de los ciudadanos del municipio, aunque sea a través de la mediación de una elección que efectúan los Concejales.

En cambio, y curiosamente en fechas prácticamente contemporáneas, en el caso de la designación del Presidente del Gobierno de Navarra (STC 16/1984), se enjuició un recurso de amparo acumulado a una impugnación del Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (desde ahora, LOTC) y, de algún modo, se revisó una denuncia de lesión del artículo 23.2 de la Constitución en un supuesto de elección indirecta. De nuevo, la indeterminación o confusión sobre el ámbito del derecho fundamental que se denuncia, y que, en parte, la STC 24/1989 vino a aclarar.

- G) El derecho fundamental recoge únicamente la participación configuradora de la representación política

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos no recoge, pues, cualquier derecho de participación de rango legal o constitucional, sino únicamente la participación de los ciudadanos a través de los sufragios activo y pasivo. Una participación configuradora de la representación política que al mismo tiempo construye y legitima el Estado democrático.

Los ámbitos de los artículos 9.2 y 23.2 no coinciden, pese a lo que pudiera pensarse en los primeros momentos del desarrollo constitucional en los que no faltaron exégesis asimiladoras de ambos preceptos. A lo mejor por la influencia –consciente o subconsciente– de una cierta «euforia» participativa: una atmósfera favorable en exceso a la consideración de la participación como una alternativa global a la representación; posi-

ción muy propia de cierta cultura política europea de una época, y que propablemente redundó en detrimento de unos mayores esfuerzos en favor de una sólida construcción de la nuclear relación representativa. Una relación que, obviamente, no se niega pueda venir completada en determinados aspectos por mecanismos de participación directa, pero que seriamente se duda puedan llegar a sustituir a aquélla. La nuestra es, en todo caso, una Constitución fuertemente representativa, esto no parece ser discutido, y de ahí la importancia de la garantía que el artículo 23.2 encierra.

H) El «ciudadano» ya no es siempre el «nacional»;
la creciente ciudadanía europea

Conviene, además, recordar que la idea de «ciudadano», de la que se predica el derecho fundamental, no puede seguir asociándose, a todos los efectos y de manera excluyente, al «nacional», como tradicionalmente ha venido haciendo el constitucionalismo desde sus inicios, que arrancan de la identificación entre Estado constitucional y Estado nacional (22); sólo los nacionales podían considerarse titulares de los derechos políticos.

El tratado de la Unión Europea abre la puerta a una categoría intermedia entre el «nacional» y el «extranjero» constituida por la «ciudadanía europea» (23), un *status* al que se imputan

(22) La cuestión la explica bien FRANCISCO AYALA en su introducción a la Teoría de la Constitución de CARL SCHMITT (*op. cit.*, págs. VIII y IX): el Estado liberal apareció en la Historia –afirma– asumiendo el doble papel de heredero y de adversario de la Monarquía absoluta; es adversario por cuanto comporta frente a ella el principio político opuesto, la democracia; pero es al mismo tiempo heredero, porque se propone establecer la democracia dentro del ámbito del Estado nacional que la Monarquía absoluta había formado. En general, sobre la titularidad del acceso a los cargos, sobre los ciudadanos y los extranjeros, puede verse ENRIC FOSSAS ESPALDALER: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 81 y sigs.

(23) Acerca de la creciente ciudadanía europea, VINCENZO LIPPOLIS: «La ciudadanía europea» en *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1993, pág. 113 y sigs.

derechos y deberes de distinto rango y, entre los que se encuentra, el sufragio pasivo o derecho de los ciudadanos de la Unión a acceder a ciertos cargos públicos de carácter representativo en los Estados miembros en que aquéllos residan y en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 8.B, apartado 1.º, del Tratado).

La Declaración del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 1992, que llevó a la reforma del artículo 13.2 de la Constitución, ilustra bien el problema y la reforma de la Constitución después aprobada, en su Exposición de Motivos párrafo 2.º, habla del decidido apoyo de las Cortes Generales «en favor de la institucionalización de la incipiente ciudadanía comunitaria».

Nota tercera. No son cargos públicos representativos los cargos funcionariales o aquéllos a los que los funcionarios acceden por elección de sus iguales

A) Sin representación política no hay un cargo público tutelado por el derecho fundamental

Realmente esta nota no es sino una consecuencia lógica de la anterior, porque –como se ha expuesto– sin una regular elección por los ciudadanos que cree una relación democrática de representación política –manejando el término «política» por su referencia a la integración en el Estado– no cabe hablar de cargo público representativo. Es indudable que los que llamo «cargos funcionariales» no satisfacen esas características. Pero la importancia del tema y la frecuencia de las quejas constitucionales al amparo del artículo 23.2 de la Constitución que invocan este pretendido fundamento me hacen pensar en la conveniencia de un análisis pormenorizado y separado de esta controversia. No en balde ha sido, probablemente, la propia jurisprudencia constitucional con sus vacilaciones quien, en gran parte, ha creado la polémica.

B) La presencia de dos líneas jurisprudenciales sucesivas, pero contradictorias

Una primera línea de Sentencias admite una idea de cargo público ajena a la representación política y que engloba a los cargos que se desempeñen en virtud de poseer la condición de funcionario público y no la de ciudadano; una idea –a mi juicio– difícilmente sostenible. Es una línea de jurisprudencia que quizá denota que todavía no ha tenido el Tribunal tiempo suficiente para madurar, por la misma complejidad del problema, un deslinde cierto y seguro de los ámbitos de los derechos fundamentales constitucionalizados en el artículo 23.2.

Se sitúa en ella la STC 47/1990 que resuelve un amparo promovido por una asociación de profesores de religión respecto de la imposibilidad de sus miembros de acceder al cargo de Director de centros escolares del Estado. Un caso que, de acuerdo con la caracterización de los cargos públicos representativos hecha, no tiene cabida dentro del ámbito del derecho fundamental que nos ocupa. Cosa bien distinta es que el litigio pudiera haber sido objeto de una seria discusión en amparo en virtud de la prohibición constitucional de discriminación por motivos religiosos (art. 14), en este extremo reforzada por la libertad religiosa (art. 16).

También el conocido caso de los profesores claustrales de la Universidad de Sevilla, que enjuicia la STC 217/1992, y en el que tales profesores recurrentes discutían el procedimiento de elección del claustro universitario y, en concreto, la representación otorgada a los alumnos. De nuevo, nada tenía que ver el supuesto de hecho con los derechos de participación política inherentes a la ciudadanía.

Una segunda línea de jurisprudencia más moderna y acertada, y que estimo incompatible con la antes expuesta –aunque no se señale la abrogación en la Sentencia expresamente–, arranca de la importante STC 212/1993, el caso López Muñoz, que analiza la exclusión del mencionado profesor de unas elec-

ciones a la Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid; un supuesto en el que el Tribunal se negó a enjuiciar los hechos bajo este aspecto al considerar que no venían cubiertos por la tutela que otorga el derecho fundamental. El Tribunal razonó en la Sentencia lacónicamente, pero de manera muy próxima a la caracterización de los cargos públicos representativos que en este estudio se está haciendo, y creo supone un claro cambio de jurisprudencia en relación con las dos resoluciones antes citadas.

Este pronunciamiento, singularizador de la nueva doctrina, fue reiterado en la más reciente STC 80/1994, referida al nombramiento de un Secretario de un centro público de enseñanza, y en la cual el Tribunal adoptó otra vez un saludable *self restraint*.

No obstante, y para relativizar el esquematismo de esta dual exposición de jurisprudencia, es cierto que ya en la STC 149/1988, un supuesto de elecciones a representantes de funcionarios, se habían efectuado unas consideraciones más próximas a las del caso López Muñiz que a las que se recogen en las inmediatamente posteriores SSTC 47/1990 y 217/1992. Todo ello no hace sino ilustrar cuanto se ha venido diciendo: las razonables dudas del Tribunal Constitucional sobre el alcance del derecho fundamental o lo que aquí se ha llamado su ámbito subjetivo.

- D) Por qué debe negarse la ulterior extensión de la garantía que el derecho fundamental otorga a los llamados «cargos funcionariales», incluso, desde la perspectiva del otro derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2

Mas, si el fundamento de la exclusión del ámbito del derecho fundamental al ejercicio de los cargos públicos de lo que denomino «cargos funcionariales» es un corolario lógico que debe deducirse de la inclusión en el concepto de «cargo públi-

co representativo» de las ideas de representación, elección y ciudadanía, creo que dicha exclusión puede tener, además, otros apoyos o justificaciones propios desde la perspectiva del otro derecho fundamental que el artículo 23.2 contempla, el derecho de acceso a las funciones públicas. Si bien la exposición de estas razones obligará a hacer un *excursus* que puede dificultar el seguimiento del discurso principal; no obstante, entiendo que puede ser interesante hacer aquí un estudio en paralelo de las diferencias entre uno y otro derecho.

Literalmente leído, el artículo 23.2 de la Constitución reconoce el derecho a «acceder» en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los requisitos que señalen las Leyes: sólo a eso.

De acuerdo con una muy reiterada jurisprudencia constitucional –y que por ser bien conocida no es menester citar ahora (24)– este acceso libre e igualitario, la cualidad de resultar accesible o «accesibilidad», se traduce en la exigencia de que las pruebas de selección de funcionarios: a) se convoquen con la debida publicidad, que es siempre verdadera garantía de la igualdad real en el acceso; b) contemplen unas reglas caracterizadas por ser generales y abstractas, viniendo vedadas las convocatorias enmascaradas o encubiertas de concursos *intuitu personae*; c) prevean la celebración de pruebas fundadas en criterios objetivos de reclutamiento; y d) se articulen en unas bases del concurso y en un baremo de la convocatoria que respeten y persigan la consecución de los principios constitucionales de mérito y capacidad. Ahí cabría pensar que se detiene esta otra garantía.

A lo sumo podría razonablemente añadirse al contenido del derecho fundamental, en una lógica simetría, una garantía fren-

(24) Cfr. la excelente síntesis de jurisprudencia de GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: «Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional» en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 12, 1992, pág. 61 y sigs. Este autor advierte también –como aquí se hace– que no se ha justificado debidamente la proyección del derecho fundamental sobre la relación funcional.

te a los ceses indebidos en el ejercicio de las funciones públicas en virtud de que no vengan sus causas previstas en las leyes o de que resulten manifiestamente arbitrarias, puesto que un mero derecho de acceso sin una ulterior garantía de permanecer en el empleo configuraría una garantía hueca.

Pero nada autoriza –a mi juicio– a concluir fácilmente, a la luz del texto constitucional y cuando menos sin necesidad de ulteriores razonamientos, que lo que es una garantía de libre acceso a la función pública deba extenderse también a la posterior carrera o relación funcionarial, tal y como con matices se hace en una no menos reiterada jurisprudencia constitucional. Pues no existe en este derecho fundamental, y a diferencia de lo que pasa con los cargos públicos representativos, un fundamento evidente para esa extensión como es preservar la relación representativa que mediante el sufragio activo de los ciudadanos ha sido creada.

Esta extensión del contenido del derecho fundamental de igual acceso a las funciones públicas, en contra del tenor literal del precepto constitucional –lo cual siempre es un límite expreso de la interpretación constitucional, salvo poderosas razones en contra–, y sin justificaciones expresas, me suscita serias dudas y entiendo requiere, en su caso, de una mayor motivación que no puede seguir siendo soslayada por la jurisprudencia.

¿Así, cuál es el fundamento constitucional de esta diferencia de trato entre los que ejercen su derecho al trabajo y están sometidos a un contrato laboral y quedan excluidos de esta garantía constitucional y quienes poseen un régimen jurídico o estatuto en cuanto funcionarios?

Y, sobre todo, cuál es el interés objetivo y público que lleva a erigir en contenido de un derecho fundamental las incidencias que acaezcan en la carrera profesional de un funcionario en vez de configurar meras irregularidades, de relevancia privada y subjetiva, sometidas al pleno control jurisdiccional de los Tribunales ordinarios a los que corresponde, de

acuerdo con el mandato del artículo 106.1 de la Constitución, el pleno control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el de su vinculación a los fines generales que la justifican. Y cuáles son las razones por las que el contenido del artículo 103.3 de la Constitución, en lo que atañe a los principios constitucionales de mérito y capacidad, deba solaparse hasta confundirse y agotar su virtualidad con la propia del artículo 23.2 de la misma Norma fundamental, invadiendo terrenos propios de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa. Acaso no pueden los Tribunales ordinarios controlar por sí mismos el cumplimiento de esos principios a lo largo de la dilatada duración de la carrera funcionarial, al igual que ocurre con otros principios constitucionales que igualmente juegan en ella como, v. gr., es la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Y si ni una interpretación literal del artículo 23.2 ni un juicio de igualdad con otros empleados ni un análisis del alcance de los artículos 106.1 y 103.3 de la Constitución advierten que ofrezcan un fácil fundamento para esta extensión del derecho a toda la carrera funcionarial, tampoco parece que pueda colegirse de una interpretación sistemática de ambos apartados del artículo 23 de la Constitución, como ocurre con el derecho de acceso de los cargos públicos representativos; a no ser que se piense realmente –de nuevo, con cierta euforia participativa– que acceder a la función pública es también un derecho de participación y no, sustancialmente, de libertad, dimensión que parece más acorde con la realidad de las cosas: un ciudadano que intenta satisfacer su derecho al trabajo con un empleo público como funcionario y exige poder acceder a la oferta de plazas en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

Como expresivamente dice la intervención parlamentaria del diputado Barnave en la cita que encabeza este trabajo, el representante se distingue del funcionario en que en ciertos casos «quiere» por la Nación, por eso puede pensarse en un

verdadero derecho de participación política, mientras que el funcionario simplemente «actúa» por ella.

Menos aún se obtiene ese fundamento de una interpretación derivada de los antecedentes históricos y legislativos, puesto que el sentido que el derecho fundamental posee en el contexto histórico del tránsito del Estado absoluto al Estado liberal no es otro que garantizar el libre acceso de todos los ciudadanos a la función pública frente a un sistema, el del Antiguo Régimen, en el que eran frecuentes restricciones o exclusiones por razón de nacimiento, estamento o capacidad económica; recuérdese que en los siglos xvii y xviii fue incluso, frecuente la patrimonialización de los oficios públicos en Castilla y en las Indias como medio de procurarse ingresos la Hacienda Pública (25). Es contra este estado de cosas frente al que el Estado liberal vino a reaccionar y desde esta perspectiva de libre e igual acceso parecen justificarse los artículos 23 y 317 de la Constitución de Cádiz.

Y tampoco es ocioso recordar que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni alguno de sus protocolos contiene entre sus artículos un reconocimiento expreso del derecho de acceso a la función pública como derecho fundamental; negándose el Tribunal de Estrasburgo, cuando tuvo ocasión para ello, a extender jurisprudencialmente el reconocimiento de un derecho inexistente en la carta de Roma. Me refiero al *Affaire Glasenapp* (4/1984/76/120) sobre el cese de una profesora de Liceo por su relación con militantes comunistas y en virtud de la cláusula de lealtad de los funcionarios a la Ley Fundamental de Bonn, y al *Affaire Kosiek* (5/1984/97/121) relativo al cese de un funcionario por su pertenencia al nuevo partido nacionalsocialista y en virtud de análogos motivos. Una situación excesivamente aminoradora de las garantías.

(25) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, «Ventas de oficios públicos en Castilla durante los siglos xvii y xviii», págs. 151 a 177. También, del mismo autor: *La venta de oficios en Indias (1492-1606)*, Madrid, INAP, 1972.

Es sabido, sin embargo, que la posición del Tribunal Constitucional no es ésta (26), según se expone con detalle, entre otras múltiples, en varias Sentencias relativas al turno de consorte (SSTC 192 y 200/1991): la garantía –se dice– cubre la posterior carrera funcionarial y la posibilidad de la promoción interna, pero de forma más debilitada que en el momento del acceso. Una posición que no da respuesta a cuál sea el fundamento de esta extensión ni ofrece criterios claros para saber cómo queda debilitado el derecho: ¿sólo la promoción y el ascenso en la carrera administrativa o cualquier incidencia en la misma?

La misma debilidad argumental de esta tesis jurisprudencial creo que en parte explica, pues es un excelente caldo de cultivo para invocaciones forzadas del derecho, la avalancha de demandas en las que, al socaire del artículo 23.2 de la Constitución, se suscitan en sede constitucional pretensiones realmente referidas a controversias de estricta legalidad como son v. gr. las derivadas de los distintos criterios remunerativos de los funcionarios.

Pero si esta primera extensión del derecho fundamental de igual acceso a la función pública a la posterior carrera funcionarial ya plantea serias dudas (27) –como se ha visto– respecto de su fundamento constitucional y parece requerir de una motivación reforzada, mayores problemas debe plantear una ulterior, y –a mi parecer– aún más difícilmente justificable, segunda extensión del contenido del derecho a los llamados cargos funcionariales.

Una extensión que, en todo caso –pues esto es lo que verdaderamente importa a los fines de este estudio– no creo que

(26) Una reseña de la jurisprudencia constitucional sobre el juego de la igualdad en la carrera funcionarial puede leerse en MANUEL PULIDO: *Op. cit.*, pág. 418 y sigs., «El derecho de acceso y permanencia en la función pública: Especialidades frente al régimen de los cargos representativos».

(27) Manifiesta también su posición contraria a que la protección constitucional del artículo 23.2 se aplique generalizadamente a la carrera funcionarial MANUEL PULIDO: *Ibidem*. Si bien se muestra favorable a que, además del acceso a la función pública y la permanencia, el derecho fundamental proteja la posterior promoción o ascenso en la carrera administrativa.

pueda venir amparada desde el derecho de acceso a los cargos públicos que ahora nos ocupa.

Nota cuarta. El derecho a desempeñar los cargos públicos representativos como ius in officium

A) El derecho no sólo a acceder sino también a desempeñar el cargo como contenido del derecho fundamental

Cuanto antes se ha dicho, abre el camino a otra sensible diferencia entre los dos derechos fundamentales que el artículo 23.2 conjuntamente constitucionaliza. Puesto que el igual acceso a los cargos públicos representativos, en cambio, sí constituye un derecho a desempeñar el puesto sin perturbaciones ilegítimas, un verdadero *ius in officium*, con el fin de preservar y mantener la relación representativa que reviste al titular del órgano de este modo electo.

La inseparable relación entre el apartado 1.º y el 2.º del artículo 23.2, entre los ciudadanos representados y la situación jurídica del representante, entre sufragio activo y pasivo, explica para el Tribunal el alcance del derecho; lo que gráficamente se ha llamado un «derecho fundamental reflejo» o interactivo (28). En otras palabras, la idea de cargo público representativo no puede ser construida sin un correlato entre los sufragios activo y pasivo, o lo que es lo mismo, entre los electores que crean la representación política y los elegidos que acceden a esos cargos.

Bien es cierto que análogos resultados, pero con un más sólido fundamento constitucional, hubieran podido ser alcanzados, en vez de como hace la jurisprudencia –acaso por el pie

(28) FRANCISCO CAAMAÑO: *El mandato parlamentario*, *op. cit.*, pág. 71; igualmente en «Mandato parlamentario y derechos fundamentales...», *op. cit.*, págs. 132 y 133.

forzado que supone restringir el enjuiciamiento a los preceptos constitucionales que tienen acceso al amparo-, razonando acerca de la estrecha conexión presente entre el artículo 23.2 de la Constitución y la prohibición de mandato imperativo y paralela afirmación del libre mandato parlamentario que el artículo 67.2 consagra. Pero una y otra vía pueden alcanzar resultados complementarios.

En definitiva, el contenido del derecho preserva no sólo los momentos del acceso y el cese, es decir, la permanencia, sino también las facultades que hacen reconocible el cargo, aquellas sin cuyo ejercicio no podría ser identificado, y que le permiten participar en el funcionamiento del órgano al que accede en virtud de la relación representativa (29).

Acaba por coincidir, pues, el ámbito del derecho fundamental con gran parte de lo que suele llamarse el estatuto del parlamentario y, en general, con el estatuto del cargo público representativo, configurando el núcleo del mismo. De manera que ya no podrá ser explicado en el futuro en clave estrictamente orgánica (30).

Todo ello sólo puede encontrar justificación en que existe un indudable interés general, que el derecho fundamental tutela, en la configuración democrática de la voluntad política de los órganos del Estado, en el mantenimiento de los imperativos que la representación crea, y, por eso, se ofrece este instrumento a los representantes elegidos por los ciudadanos para preservar sus facultades de actuación.

(29) ENRIC FOSSAS, *op. cit.*, pág. 110 y sigs., se refiere a esta «operación de dilatación» operada por el Juez constitucional y advierte de que la ampliación del derecho al ejercicio del cargo plantea problemas en las relaciones entre elector, elegido y partido y en las no menos delicadas entre representantes y órgano; en parecido sentido, el buen trabajo de MIGUEL ANGEL APARICIO: «El acatamiento a la Constitución, requisito de la condición plena del parlamentario» en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1985, págs. 174-175.

(30) FRANCISCO CAAMAÑO: *El mandato parlamentario*, *op. cit.*, pág. 25.

Si bien es preciso poner de manifiesto que esta construcción acaba por mezclar dos momentos tradicionalmente separados en la Teoría del Estado: la teoría del órgano y la de la representación. Las complejas consecuencias de la afirmación que acabo de esbozar exceden con mucho del objeto de este estudio.

B) La discutible construcción del *ius in officium* en la jurisprudencia constitucional

Pero el modo en que el Tribunal Constitucional ha descrito el estatuto de los parlamentarios protegido por el derecho fundamental no satisface plenamente como construcción dogmática, porque degrada la fuerza normativa de la Constitución al interpretar sus normas –la norma reconocedora del derecho fundamental y las que se encuentren en conexión con ella– a la luz de la Ley –la Ley electoral o el Reglamento parlamentario– y no a la inversa, tal y como es notorio requiere la exégesis de las normas constitucionales.

En efecto, la forma en que habitualmente el Tribunal expone el estatuto de los parlamentarios a los efectos de enjuiciar hipotéticas violaciones del artículo 23.2 es la siguiente. Su jurisprudencia suele afirmar que, una vez creado el derecho o facultad del parlamentario por una norma legal o un Reglamento parlamentario, se integra en el contenido del mismo derecho fundamental ex artículo 23.2 de la Constitución y viene protegido por éste frente a agresiones ilegítimas (entre otras, STC 161/1988).

El problema de esta, no sé si acertada, jurisprudencia reside en encontrar respuesta al interrogante que supone preguntarse qué ocurriría si el Reglamento parlamentario no reconociera una de las facultades inherentes al normal ejercicio de las funciones parlamentarias, o –todavía puede formularse de manera más expresiva– qué acontecería si se modificaran o derogaran una o varias normas de aquél con el fin de excluir el ejercicio

por los parlamentarios de facultades que naturalmente –por la propia naturaleza de su función– integran su estatuto. Si admitimos que, como ocurre con cualquier derecho fundamental, el acceso a los cargos públicos representativos tiene un contenido propio *ex Constitutione* y que no puede quedar a la merced de los Reglamentos parlamentarios, la validez de esta construcción jurisprudencial desaparece. La configuración de un derecho fundamental no puede delegarse en blanco, sin límites, al ejercicio de la autonomía reglamentaria de las Cámaras.

Quizá, debió haberse razonado de otra manera y, desechando una relativamente lógica pereza intelectual, hacer un esfuerzo heurístico por hallar los límites internos del derecho fundamental dentro de las propias normas constitucionales, correctamente insertadas en la categoría histórica que es el Estado constitucional, en vez de limitarse, cómodamente, a identificar dentro de las normas presentes en los Reglamentos aquellas facultades de los parlamentarios que fueran objeto de controversia en los distintos amparos constitucionales y que tuvieran una conexión razonablemente cierta con el contenido del derecho fundamental.

Pero, actuando de este otro modo el Tribunal, la exégesis constitucional desfallecía notablemente y, lo que es más importante, dejaba sin resolverse el verdadero problema, pues la interpretación constitucional de la norma reconocedora del derecho fundamental no puede agotarse en la concreta solución de demandas de amparo, sino que requiere precisar dónde acaban y empiezan los límites internos del susodicho derecho desde la lógica interna de las normas constitucionales. Una labor que resta por hacer (31).

(31) Como ejemplo de esta otra exégesis, véase NICOLÒ ZANON: «Il diritto del deputato senza Gruppo parlamentare in una recente Sentenza del Bundesverfassungsgerichts» en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6, 1989, pág. 1147 y sigs. Razonando sobre una Sentencia de la Sala Segunda del BVG, en la que un parlamentario suscitó un conflicto entre órganos constitucionales para la

C) Las tesis tradicionales y organicistas:
posiciones doctrinales negadoras del llamado
ius in officium

No es doctrinalmente pacífica la consideración del derecho fundamental como un derecho que tiene por contenido no únicamente el acceso, sino también el ejercicio de las potestades propias de los cargos públicos representativos; o, más correctamente, como quizá debió haberse dicho, de aquellas facultades e intereses que, de no estar presentes, privarían de su sentido esencial al cargo público, o lo deformarían como categoría histórica hasta el punto de hacerlo irrecognoscible, desposeyendo arbitrariamente los imperativos democráticos que proceden de la representación ciudadana que lo crea y alienta.

Creo que fue Pablo Lucas Murillo quien primeramente suscitó, entre nosotros, el debate acerca de si las facultades de los parlamentarios ligadas a su función eran verdaderos «derechos» o simples manifestaciones de las «atribuciones» de las Cámaras; y concluyó, de manera muy matizada y equilibrada, que cabe hablar de derechos funcionariales, utilizando la tipología que Santi Romano usaba para encuadrar los *iura in officium*, derechos en los que puede percibirse una confluencia de elementos objetivos y subjetivos, de intereses públicos y privados; una confluencia que caracteriza el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución (32).

defensa de las facultades que integran su estatuto e invocaba el principio democrático, pero también la igualdad en la posición jurídica de los parlamentarios que se deduce de la constitucionalización del mandato libre (art. 38 GG), ZANON explica que este precepto configura una fuente autónoma de «derechos y atribuciones» de los parlamentarios en el seno del Bundestg, de manera que el derecho a formar parte de una Comisión pertenece al estatuto del diputado «garantizado por la Constitución» (no indirectamente por el Reglamento) y la Cámara viene obligada a estructurarse de tal modo que no ignore ese derecho. El fundamento de este derecho procede del principio de igualdad en la participación en la actividad parlamentaria de todos los representantes.

(32) Véase PABLO LUCAS MURILLO: «El estatuto de los parlamentarios», en VV.AA. *Parlamento y Derecho*, editado por A. FIGUEROA y J. C. DA SILVA,

Pero no falta quien argumentadamente sostiene –recientemente, Paloma Biglino– que la tesis del *ius in officium* tiene repercusiones perturbadoras en el ordenamiento jurídico al producir una inaceptable judicialización de la vida política, y que no puede confundirse el haz de potestades que integra un derecho fundamental con las concretas «atribuciones» que, v. gr., los Reglamentos parlamentarios otorgan a los representantes; y, por tanto, que el margen de las normas infraconstitucionales para regular o, incluso, excluir esas atribuciones es muy amplio, y que, en todo caso, las irregularidades o lesiones de las mismas acaecidas en la vida parlamentaria carecerían de relevancia a la hora de garantizar derechos fundamentales; la posición orgánica se concluye diciendo que las reglas esenciales del principio democrático no se pueden construir como derechos subjetivos (33).

Para estas tesis que podemos llamar organicistas, puesto que atribuyen todas las irregularidades a la lesión material de un órgano o institución, la relación de representación se salvaguarda sólo mediante el libre juego político o, a lo sumo, institucionalmente mediante el control de constitucionalidad de los Reglamentos parlamentarios en vía principal o la denuncia de

Parlamento Vasco, págs. 57 y sigs., en especial pág. 66. También, ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ: «Sobre la efectividad del derecho a los parlamentarios vascos a recabar información del Gobierno autónomo» en *La Ley*, T. 1988-1, págs. 365 y sigs., quien comenta la STC, Sala Quinta, de 9 de junio de 1987.

(33) Cfr. el razonado y crítico trabajo de mi buena colega en la Universidad de Valladolid PALOMA BIGLINO CAMPOS: «Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales?», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 32, 1993, pág. 53 y sigs.; agradezco el pronto acceso al ejemplar mecanografiado. Es ésta la tesis más habitual en el derecho parlamentario, por citar un ejemplo, ANDREA MANZAELLA: «Interrogazione e interpelanza parlamentare» en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1972, pág. 406 y sigs., quien afirma que el hecho de que un parlamentario a título individual tenga una potestad de iniciativa en relación con una atribución de un órgano no debe hacer perder de vista el dato de que son precisamente eso: atribuciones de un órgano cuyo concreto ejercicio está subordinado a la iniciativa individual de un miembro individual del colegio; sólo de ahí cree pueden derivarse las facultades de admisibilidad de iniciativas exorbitantes.

los vicios del procedimiento legislativo o el conflicto entre órganos, que deben ser, en su caso, los principales cauces para la custodia de las atribuciones de los parlamentarios (34).

El razonamiento expuesto, y la consecuente crítica de la tesis de origen jurisprudencial del *ius in officium*, no está carente de lógica, pero conviene adelantar, en primer lugar, que advierte una sola cara de una realidad que es necesariamente poliédrica y multifuncional, y que no pasa por la tajante distinción en compartimentos estancos y separados entre «derechos fundamentales» y «atribuciones» como si de categorías excluyentes y sin intersección posible en el estatuto de los parlamentarios se tratara (35). No en balde, la noción de atribución en nuestro ordenamiento es sumamente confusa, y, sin duda, menos precisa que las de potestad, función o competencia, hasta el punto que estimo que no se trata de un concepto independiente en vez de meramente fungible; conviene precisar esto, pues no puede concederse a las palabras una eficacia taumatúrgica o conceptual que no poseen. De hecho, es bien sabido que la ley reguladora de la iniciativa legislativa popular (Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo) preserva la facultad ciudadana de presentar una proposición de Ley por la discutible vía del recurso de amparo (art. 6) y, hay que suponer, que mediante la invocación del derecho fundamental recogido en el artículo 23.1 de la Constitución, pero nadie nega-

(34) Idem., epígrafe 5.º, «las facultades de los parlamentarios como atribuciones», pág. 86.

(35) Una noción confusa ésta de «atribuciones», menos precisa que los conceptos de «potestad», «función» o «competencia», y que no parece haberse logrado decantar como concepto independiente por los autores que con notables esfuerzos se han ocupado de este debate un tanto nominalista; véanse los extensos razonamientos de ANGEL J. GÓMEZ MONTORO: *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, «Concepto de atribución», pág. 264 y sigs., quien, tras largos *excursus*, acaba por concluir que «competencia» y «atribuciones» son términos «sinónimos» (pág. 276). En el mismo sentido me había ya manifestado, tiempo antes, JAVIER GARCÍA ROCA: *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987; se trata de términos «fungibles» (pág. 131), el legislador busca un alcance lo más amplio posible de la esfera de potestades controvertidas y no contrapone la idea a la de «competencia».

ría que dicha iniciativa es también una atribución que naturalmente se inserta en la fase previa del procedimiento legislativo; de manera que en este instituto se mezclan derecho subjetivo o derecho fundamental y atribución, o, si se prefiere, parte orgánica y dogmática.

Pero, sobre todo, la tesis reseñada olvida que un parlamentario no puede seguir siendo considerado –los art. 23.2 y 67.2 de la Constitución lo impiden– del mismo modo que en el derecho parlamentario clásico como estrictamente un «miembro de una asamblea», es también un «representante» al que la propia Constitución concede un estatuto de derechos y deberes, relativamente independiente –cuando menos en su fundamento– de las atribuciones que le otorgue el concreto Reglamento de la Cámara en cuanto fracción de un órgano. Por decirlo como haría Juan de Mairena: la libertad y autonomía del Parlamento no puede ignorar algunos derechos que la Constitución reconoce directamente a los representantes.

La construcción precedente puede complicar las cosas, pero es la única senda que impide vaciar de contenido las normas constitucionales que consagran el libre mandato de los representantes y la posición de igualdad de los mismos a la hora de participar en la formación, de manera democrática, de la voluntad de los órganos elegidos con criterios representativos.

La posición orgánica, en realidad, no es nueva, es tan vieja como la doctrina decimonónica de los derechos públicos subjetivos del propio Jellinek, de ahí que la califique también como tesis tradicional. Según el Profesor de Heidelberg y cito textualmente:

«I così detti diritti dei deputati quali membri della Camera non sono pretese giuridiche individuali, ma competenze di organi statali. Le norme che si riferiscono alle votazioni, alla partecipazione alle sedute, alla presentazione di proposte e di interpellanza, alla nomina del Presidente, dell'Ufficio di presidenza, delle Giunte e dei Comitati della Camera, sono parti integranti delle norme sulla organizzazione dello Stato. Esse

hanno lo stesso carattere delle norme di procedura,... La loro violazione non sarebbe perciò violazione di un diritto subiettivo, ma infrazione di una norma giuridica, offesa allo Stato nel suo ordinamento, non offesa ad un individuo» (36).

Lo que ocurre es que la construcción del maestro alemán no me parece que conserve plena validez en este extremo por muy diversas razones. Conviene traer a colación que, para él, una gran parte de las disposiciones de los Reglamentos internos de las Cámaras no tenían carácter jurídico, en realidad, ni siquiera atribuían competencias diferenciadas ni podían considerarse verdaderas normas estatutarias. Es posiblemente una manifestación más del recelo, propio del siglo XIX, a considerar el derecho de la organización como un verdadero derecho; un recelo de sobras superado y, especialmente, en derecho constitucional, puesto que, desde el punto de vista de la técnica jurídica y de la moderna organización constitucional, es una opinión doctrinalmente unánime que tan norma fundamental es una norma organizativa o atributiva de competencia a un órgano como otra reconocedora de un derecho fundamental, aunque posean características y contenidos distintos.

Pero la razón principal por la cual la posición de Jellinek no sigue siendo válida es otra, simple, pero consistente: su sencilla construcción de los derechos públicos subjetivos en *status* desconocía totalmente la idea de Constitución democrática y, obviamente, en ella los derechos –que hoy llamaríamos– fundamentales y que los ciudadanos ostentan no nacían directamente de la Constitución. Desde esta posición, es razonable pensar que los «derechos» que a los parlamentarios concedieran y concretaran los Reglamentos internos de las Cámaras fuesen imprecisas atribuciones o, a lo sumo, normas objetivas y no

(36) GEORG JELLINEK: *Op. cit.*, pág. 185. Véase la reflexión que esta opinión suscita a NICOLÒ ZANON: *Il libero mandato parlamentare (Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione)*, Milán, Giuffrè, 1991, pág. 302 y sigs., –«Il libero mandato parlamentare come diritto e gli strumenti per la sua tutela»– y pág. 312 y sigs. –«La legittimazione del parlamentare a sollevare conflitto di attribuzione di fronte alla Corte Costituzionale»–.

verdaderos derechos subjetivos que se incardinaron directamente en la Norma fundamental.

Mas allí donde los derechos fundamentales de participación política valen lo mismo que la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental que los creó –así ocurre en el ordenamiento jurídico vigente entre nosotros– y no tienen sólo el alcance y resistencia pasiva frente a su modificación que les dé la concreta norma de un Reglamento parlamentario que los reitere, desarrolle y explicita, los titulares de aquellos derechos gozan de los mismos mecanismos de garantía que cualesquiera otros sujetos titulares de derechos constitucionales de distinta naturaleza. Lo que ocurre es que no se ha reflexionado suficientemente sobre la peculiar naturaleza que posee la categoría de los derechos de participación política.

De manera que el dato de que un Reglamento parlamentario conceda o excluya ciertas potestades o atribuciones a un representante no es razón bastante para pensar que, desde ese momento, sea o deje de ser a la vez un derecho de rango constitucional.

En definitiva, no puede volver a incurrirse en el error de interpretar la Constitución a la luz de los Reglamentos de las Cámaras. Las facultades e intereses que integran el contenido del derecho fundamental deben extraerse directamente de la Constitución y de la observación del Estado constitucional.

Y, a resultas de una inevitable interpretación sistemática que relacione el artículo 23.2 con el artículo 67.2 de la Constitución, habrá que concluir que la prohibición de mandato imperativo y la subsiguiente facultad de defensa que este artículo concede al parlamentario frente a las perturbaciones ilegítimas a su libre mandato representativo, constituye un derecho subjetivo y reactivo que debe –al menos éste sí– integrar el elenco de potestades que permiten reconocer el derecho fundamental a acceder, permanecer y, en consecuencia, ejercer –pues la permanencia sin el ejercicio sería una falsa garantía de la representación ciudadana– un cargo público representativo.

En otras palabras, la propia garantía del libre mandato representativo, constitucionalmente consagrada, lleva a pensar que la función que el representante cumple y las exigencias del principio democrático representativo no se agotan con el momento de la elección sino que deben permanecer a lo largo de la duración del mandato y que, cuando menos, la facultad del parlamentario a defenderse frente a perturbaciones ilegítimas en su mandato integra el estatuto del cargo público protegido por el derecho fundamental.

Existe, en definitiva, una interconexión sistemática de difícil deslinde, pues es una misma la lógica a la que los tres preceptos responden, entre el apartado 1.º del artículo 23 –derecho de los ciudadanos a participar por medio de representantes–, el apartado 2.º del propio artículo 23 –derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos representativos–, y el citado artículo 67.2 –la prohibición constitucional de que el representante se encuentre vinculado por algún mandato imperativo–.

Ahora bien, razonando de este modo, ya hemos llegado al convencimiento de que una regla esencial del principio democrático y de la representación política, la prohibición de vinculación de los representantes y el subsiguiente derecho reactivo, configura también un derecho subjetivo y no una genérica atribución de la Cámara o del órgano en que el representante se integre.

Pero otro tanto cabría igualmente razonar respecto de ciertas facultades del representante que la propia Constitución reconoce personalmente a los parlamentarios como derechos subjetivos y no como genéricas atribuciones de la Cámara: v. gr., el derecho de diputados y senadores a percibir una asignación (art. 71.4) que realmente haga posible en nuestros días, desde una perspectiva democrática, el ejercicio de las funciones representativas por quienes no tengan un cuantioso patrimonio personal como habría podido defenderse en momentos históricos propios del liberalismo censitario. O respecto de ciertas facultades parlamentarias sin las cuales no podría reconocerse en la realidad la figura del parlamentario en el ejer-

cicio de sus funciones representativas: qué se diría de un parlamentario que no tuviera derecho a estar presente al menos en una Comisión y a ser oído; o que no poseyera medio alguno de titularidad individual –con las limitaciones que corresponda– para participar en la función legislativa, aunque sea únicamente presentando enmiendas al articulado; o que careciera de mecanismos o instrumentos por modestos que fueran para controlar al Gobierno (37). ¿Podría seguir siendo llamando parlamentario o se habría desnaturalizado el *nomen iuris*? Estamos ante unas facultades, éstas y algunas otras más de las que habré de ocuparme sistemáticamente en otro estudio, que hay que pensar se encuentran en una síntesis inescindible con el fundamento al que los artículos 23.2 y 67.2 responden.

Tampoco me parece que pueda sostenerse que las facultades de los representantes sean sólo atribuciones, arrancando del prejuicio dogmático de que en otros ordenamientos europeos –singularmente, Alemania e Italia– se garanticen o defiendan mediante el conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales o entre poderes públicos y no a través del recurso de amparo o similares instituciones de garantía de los derechos fundamentales. Las vías procesales no pueden ser utilizadas para precisar categorías de derecho sustantivo, entre otras razones, por la aplicación del viejo principio de la intercambiabilidad de los procedimientos. Otra cosa bien distinta es afirmar que resulta verosímil pensar que la jurisprudencia constitucional con incidencia en derecho parlamentario pueda haber estado condicionada por haber sido dictada mayoritariamente en torno a los artículos 42 de la LOTC y 23.2 de la Constitución y no en vía de conflicto de atribuciones.

(37) He intentado identificar algunos medios de control de titularidad individual y justificar que vengan amparados por el derecho fundamental en mi trabajo «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del art. 23.2 de la Constitución)» en *Revista de Administración Pública*, 1995, n.º 42, págs. 161 y sigs. y en la edición de las VI Jornadas de Derecho Parlamentario organizadas por el Senado.

En España –puede no ser ocioso recordarlo– las competencias de un ente territorial cual es una Comunidad Autónoma pueden defenderse a instancias de ésta por las vías del recurso de inconstitucionalidad, del conflicto positivo de competencia y del recurso contencioso administrativo; pero el ejercicio de las mismas competencias puede resultar condicionado por impugnaciones del Título V de la LOTC, si cabe hallar un fundamento añadido de la controversia basado en razones no competenciales –¿por qué no un derecho fundamental?–; e, incluso, pueden indirectamente resultar preservadas a instancias de una persona física o jurídica en un conflicto negativo de competencias; o acabar por resultar reflejamente delimitadas en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez o Tribunal y en virtud de su inseparable conexión con un derecho fundamental –v. gr., el principio de legalidad del derecho sancionador ex artículo 25 de la Constitución y una sanción autonómica sobre la que el justiciable esgrima una tacha de incompetencia–.

Los procesos, pues, no permiten, por si mismos, distinguir siempre hasta separarlos, sin intersección posible, los conceptos de atribuciones, competencias o derechos; y tampoco ahí la crítica de la teoría del *ius in officium* encuentra su justificación.

Las teorías defensoras de la concepción de las facultades los parlamentarios como atribuciones, hay que entender que de la Cámara, y de las que los parlamentarios gozan como fracciones de un órgano, acaso no distinguen bien entre situaciones jurídicas de poder –derecho a obrar o a abstenerse, o a oponerse al obrar de otro, o a exigir una actuación de otro– y de deber, entre las que se encuentran las competencias y atribuciones; pero las atribuciones de un órgano, son irrenunciables y deben ser ejercidas, y pueden ser delegadas, mientras los derechos no. Esta caracterización se corresponde mejor con la realidad de las cosas sobre la que se proyecta un derecho fundamental a la participación política: el otorgamiento de un derecho subjetivo a un ciudadano que permite alargar su capacidad de obrar para contribuir a formar la voluntad política del Estado mediante la concreta voluntad de personas

físicas; si la facultad se concibe como mera atribución del órgano del Estado, toda esta explicación del fenómeno carecería de sentido y, en todo caso, por exigencias lógicas de coherencia, la participación debería configurarse como un deber y no como un derecho.

Por otro lado, para muchos no existe un verdadero derecho fundamental sin la presencia de un remedio o garantía preferentemente judicializable. Es aquí donde las tesis tradicionales u organicistas muestran su debilidad, pues no garantizan adecuadamente las facultades de los parlamentarios de titularidad individual. Pensar que la indebida inadmisión de una enmienda parcial o al articulado de un parlamentario se puede garantizar institucionalmente denunciando un hipotético vicio en el procedimiento legislativo v. gr. por la vía del recurso de inconstitucionalidad y de los vicios *in procedendo* es claramente irreal por desproporcionado. Una vez reconocido que el parlamentario tiene un derecho de enmienda de titularidad individual, cuál sería la sanción para la omisión de este trámite, en nuestro ordenamiento o mejor, para la indebida inadmisión de la enmienda, ¿anular la Ley por inconstitucional? ¿No configura el amparo constitucional una garantía más proporcionada a la entidad real del vicio que se denuncia y la sanción que supone el otorgamiento del amparo, aunque en ocasiones pueda tener efectos estrictamente declarativos, una medida más proporcionada...?

Y carecería de sentido en nuestros días defender la existencia de un Parlamento en el que todas las facultades configurasen atribuciones de la institución en su conjunto y no existieran algunas de titularidad individual –el derecho de enmienda, solicitudes individuales de información, preguntas, etc.–, aunque no redunden en una decisión final de la Cámara. Si los derechos de los parlamentarios fuesen sólo atribuciones, lo serían de la Cámara quien podría delegarlas a quien considerara conveniente –la mayoría v. gr.–, y su exclusión o las irregularidades acaecidas en su ejercicio difícilmente podrían ser reparadas en la práctica. Por el contrario, la presencia de un control externo

e independiente y al tiempo subsidiario y limitado de ciertas actuaciones parlamentarias es una tendencia innegable en el derecho comparado; y la configuración de un derecho fundamental a la participación política de los representantes sirve bien a estos fines.

Un punto de diferencia más entre la tesis que se defiende y encuentra apoyo jurisprudencial y las posiciones que he llamado organicistas reside en que no puede ser aceptada la afirmación de que el factor que realmente impide conformar algunas facultades de los parlamentarios como un derecho fundamental está en que no constituyen un fin en sí mismo, puesto que el procedimiento parlamentario no se dirige a su tutela, son tan sólo medios de acción, de otra manera –se dice– no podrían ser limitados (38).

No creo que esto sea así. En los Parlamentos contemporáneos, tan importante como conocer la voluntad de la mayoría –la aprobación de la Ley, la afirmación o negación del control gubernamental– es saber cómo esa decisión ha sido tomada y garantizar un procedimiento pluralista de toma de decisiones en el que se garantice una adecuada representación y ámbito de intervención a las minorías, el concreto parlamentario entre ellas por su especial condición como representante; desde esta óptica, simples actos de trámite o intermedios en la formación de la voluntad de las Cámaras –una enmienda, una solicitud de información...– pueden tener innegable proyección externa ante la opinión pública; de hecho se avanza por muchos en la concepción de la función de control como un derecho de las minorías con eficacia extraparlamentaria.

Menos aún puede afirmarse que la consideración de ciertas facultades de los parlamentarios como derechos impida su limitación por necesidades derivadas de la organización del trabajo parlamentario o en virtud de la vigencia de otros derechos; en un Estado de Derecho, es obvio decirlo, los derechos

(38) PALOMA BIGLINO: *Op. cit.*, pág. 86.

fundamentales configuran un sistema de interrelaciones recíprocas en el que no existen derechos absolutos y sin limitaciones.

El razonamiento precedente nos lleva a encontrar una razón más para sentar la fundamentalidad de los derechos subjetivos de los parlamentarios: el valor que el pluralismo político entraña y la Constitución reconoce (art. 1.1) y al que la representación responde, viene a ser concretado y desarrollado por la configuración del *ius in officium* como derecho fundamental; el pluralismo político que toda representación de contenidos recoge debe ser salvaguardado a lo largo de la duración de esa relación. De suerte que es clara la conexión entre el derecho fundamental y un valor constitucional que viene a articular, así como con la misma dignidad de la función que el representante desempeña.

En suma, estimo que el derecho parlamentario moderno tendrá que, en adelante, explicar de algún modo el estatuto de los parlamentarios –y otro tanto ocurre con el de los diversos representantes– utilizando a la vez criterios orgánicos y dogmáticos, y considerando a aquéllos como fracción de un órgano y como representantes; algo que si bien complica las cosas las enriquece notablemente. Ciertas facultades serán atribuciones o funciones de una Cámara, o de un órgano en general, pero en ocasiones se verán envueltas también en el haz de facultades que ostentan concretas personas y que identifican un derecho fundamental a la participación política en la formación de la voluntad de ese órgano.

Nota quinta. Los cargos públicos se ejercen por los representantes de manera individual y en los grupos en que se integran

- A) La comprensión democrática del derecho fundamental lleva a reconocer su ejercicio por los representantes *uti singuli* y *uti sociu*

Si, desde la óptica que ofrece la distinción entre la genérica participación ex artículo 9.2 de la Constitución y la participación que crea la representación política, el ámbito del derecho fundamental se restringe, en cambio, viene ampliado cuando se cae en la cuenta de que esta relación de representación política que los sufragios activo y pasivo crean se ejerce y mantiene por los representantes *uti singuli*, primero como candidatos y luego como parlamentarios o representantes en los órganos del Estado, pero también *uti sociu* o dentro de los grupos en que los representantes se integran y que ellos mismos crean: candidaturas o listas electorales, grupos parlamentarios, grupos políticos municipales, etc...

Una comprensión antiformalista del derecho fundamental –como reclama la vigencia del derecho–, atenta a mantener en la realidad los vínculos democráticos de representación procedentes de la base así lo exige; por decirlo con otras palabras, la naturaleza esencialmente democrática y participativa del derecho fundamental requiere de una hermenéutica igualmente democrática y asociativa, que custodie la representación política en el seno de los grupos en que inevitablemente los modernos representantes se integran. Una exégesis más liberal e individualista acabaría por dejar la relación representativa al libre juego de las fuerzas políticas, a la estricta regla de la mayoría, sin garantizar que los sufragios emitidos por los ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes se transformasen después en efectivas y constantes cuotas de poder político; y si tal correlación entre sufragios y cuotas de poder solamente se mantuviera en el momento de la elección o en el de la atribución de los escaños o de la proclamación de los candi-

datos, la idea de representación política que la participación ciudadana funda quedaría sensiblemente devaluada, si no lisa y llanamente suprimida.

Esta es, por lo demás, la interpretación que impone el artículo 9.2 de la Constitución que manda a los poderes públicos –y el Tribunal Constitucional entre ellos– promover que la libertad del individuo y de los grupos o formaciones sociales en que se integra sean reales y efectivas; la exigencia debe ser lógicamente mayor cuando se trata de un derecho fundamental de naturaleza democrática y constitutivo de una cláusula de igualdad reforzada.

Frente a este entendimiento del derecho fundamental, podría objetarse por algunos que la titularidad del derecho no puede corresponder a grupos carentes incluso de personalidad jurídica como son los grupos parlamentarios, entre otras razones, porque el propio artículo 23.2 de la Constitución otorga la titularidad del derecho a los ciudadanos. Pero esta objeción, en apariencia brillante, puede ser desechada fácilmente si se reflexiona con alguna calma sobre la realidad del fenómeno jurídico que se contempla y se distingue bien entre la titularidad del derecho y la legitimación para el ejercicio de las acciones.

El derecho a acceder a un cargo público representativo es, ciertamente, un derecho cuya titularidad corresponde a los ciudadanos como personas físicas y es, sin duda, un derecho que, por su propia naturaleza, no puede ser ejercitado por personas jurídicas ni por entidades desprovistas de personalidad jurídica. Ahora bien, cuando se dice que un representante ostenta el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución *uti singuli* y *uti sociu* no se está alterando la titularidad del derecho, que obviamente sigue siendo ostentada por el ciudadano como persona física, no podría ser de otra manera; se está simplemente reconociendo, en primer lugar, que este derecho individual puede ser ejercido –de hecho, lo es– de manera colectiva a través de los grupos políticos en que los representantes se integran y a los cuales las normas jurídicas atri-

buyen la realización de ciertas facultades que permiten singularizar el contenido esencial del derecho fundamental; y, en segundo lugar, se está admitiendo un dato procesalmente importante: una cosa es la titularidad de un derecho fundamental y otra, conceptualmente distinta, la legitimación para el ejercicio de las acciones que permiten su tutela. Una distinción que, a diferencia de lo que ocurre en derecho privado, es frecuente en los procesos constitucionales y que, de no ser prontamente advertida, puede inducir a confusiones.

No distingue suficientemente ambos planos Manuel Pulido quien afirma que el criterio jurisprudencial es que «los Grupos Parlamentarios ostentan la titularidad del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE» (39). La confusión, sin embargo, no procede de este autor, que en ocasiones apunta el problema, sino de la misma jurisprudencia constitucional que –como atinadamente él mismo pone de manifiesto–, salvo en casos aislados (STC 81/1991) y acaso no con la precisión deseable, tampoco ha distinguido bien los conceptos de titularidad y legitimación. Pero en ese estudio no se efectúa una razonada e imprescindible opción doctrinal sobre el problema. El inicio de esta confusión acaso puede proceder de la STC 32/1985 donde se dijo –estimo que sin una motivación suficiente– que: «parece necesario precisar que tales derechos (art. 23.2 y 14 CE) los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas, no los grupos carentes de personalidad, como son las fracciones políticas presentes en un órgano colegiado y que, en consecuencia, la minoría de uno de tales órganos no puede, en cuanto tal invocar su infracción...» (F.J. 3.º). Es patente que la propia jurisprudencia posterior no ha seguido esta calificación de la titularidad del derecho, pues con frecuencia se ha negado que la titularidad del derecho corresponda a personas jurídicas como son los sindicatos o los partidos políticos; y ya he defendido antes que los titulares del derecho son los ciudadanos y no entidades provistas o no de personalidad jurídica.

(39) MANUEL PULIDO: *Op. cit.*, pág. 276 y sigs., «Las personas físicas y jurídicas como *titulares* del derecho de acceso a los cargos públicos», la frase entrecorrida en pág. 278.

Esta importantísima matización y relativa disociación conceptual entre legitimación procesal y titularidad del derecho, de un lado, y entre la titularidad individual del derecho y la posibilidad de su ejercicio colectivo, de otro, debe ser remarcada. Y, desde esta posición doctrinal, ningún reparo suscita una rica jurisprudencia constitucional encaminada a custodiar derechos que los Reglamentos parlamentarios conceden a los Grupos parlamentarios y que a veces suelen coincidir con las facultades que hacen reconocible el derecho fundamental que los parlamentarios ejercen.

B) Algunos ejemplos del reconocimiento jurisprudencial de facultades amparadas por el derecho fundamental y que los representantes ejercen a través de los Grupos parlamentarios

Entre estas resoluciones judiciales podemos mencionar las siguientes, sin afán alguno de exhaustividad o de clasificar la numerosa jurisprudencia –no es ese el fin de este trabajo–, sino de ejemplificar brevemente la tesis que se defiende.

La STC 214/1990 sobre reducción de subvenciones al Grupo Mixto en la cual se sostuvo que las subvenciones establecidas en beneficio de los Grupos tenían por finalidad facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara a la que pertenecen. Una doctrina que se reiteró en la STC 15/1992 en cuya parte dispositiva se acordó «declarar el derecho de los recurrentes a la subvención dejada de percibir por el Grupo Mixto que ellos integraban».

O la importante STC 205/1990, el caso del uso del catalán en el Senado, en la que se otorgó el amparo ante la indebida inadmisión por la Mesa de una moción presentada por el Grupo parlamentario de «Convergencia i Unió» relativa al uso de las diversas lenguas españolas en la Cámara. Sin lógicamente pronunciarse sobre el fondo del problema, el Tribunal reconoció el *ius ut procedatur* de los recurrentes o a que las mocio-

nes se tramitaran en la forma reglamentariamente prevista, no pudiendo usurpar la Mesa funciones de deliberación y discusión –entre otros extremos, acerca de la constitucionalidad y oportunidad de la propuesta– que sólo correspondían, en este caso, al Pleno.

En sentido contrario, admitiendo que la inadmisión de una moción por la mayoría de los miembros de la Mesa fue reglamentaria y constitucionalmente correcta, el ATC 155/1993; el Grupo Parlamentario Popular en la Asamblea Regional de Murcia discutía la inadmisión de una moción referida a la ubicación de un penal en Cartagena, la Mesa entendió que, según el Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma carecía de competencia en materia penitenciaria.

También la STC 23/1990 en la cual el Tribunal estimó que no lesionaba el derecho fundamental el rechazo liminar por la Mesa de una enmienda a la totalidad presentada por un Grupo parlamentario, por no adecuarse su contenido al del Proyecto de Ley que se examinaba –un motivo de inadmisión reglamentariamente previsto–.

O una frecuente jurisprudencia que analiza casos de proporcionalidad de los Grupos parlamentarios en Comisiones o a la hora de designarse Senadores en representación de una Comunidad Autónoma (SSTC 76/1989, 36/1990, 149/1990, 4/1992, etc...).

Se atiende así, a la hora de custodiar el derecho fundamental, a la existencia de un circuito democrático, dirigido por el hilo conductor que la representación supone, que arranca de los ciudadanos y se prolonga en los representantes tras su elección, los cuales a menudo ejercen sus funciones en los Grupos parlamentarios que constituyen y en los que se integran (SSTC 108/1986 y 36/1990).

Nota sexta. El cargo público representativo ostenta un derecho reactivo y de autonomía frente a agresiones ilegítimas

- A) Un derecho al mismo tiempo de participación y de autonomía o de defensa

Ya se ha visto que la naturaleza del derecho de acceso a los cargos públicos representativos, en su dimensión más objetiva, es la de un derecho democrático de participación política que coadyuva a configurar la representación y a formar la voluntad del Estado, pero, por paradójico que pueda resultar, es también, desde una óptica más individual o subjetiva, un derecho de autonomía del representante que le permite defenderse frente a agresiones ilegítimas o perturbaciones indebidas en esa situación jurídica activa que supone la concepción del derecho fundamental como *ius in officium*.

Se corrobora así, una vez más, que las esquemáticas y pedagógicas clasificaciones de los derechos fundamentales producen categorías que no se excluyen y antes bien se entremezclan a la hora de desentrañar la compleja naturaleza de cualquiera de ellos.

La garantía puede operar como un correctivo o remedio jurídico de los hipotéticos excesos o abusos que pueda producir la necesaria dinámica política de la representación por partidos. No se trata de juridificar ni, menos aún, de judicializar la política o la vida parlamentaria dentro de un rígido corsé, anatemático que por algunos se esgrime frente a esta nota caracterizadora del derecho; los conflictos políticos de intereses deben recibir soluciones igualmente políticas en un Estado democrático en vez de resoluciones judiciales o arbitrales por parte de expertos o Jueces, esto es obvio; pero la negociación y la elaboración de políticas o la actividad de control del Gobierno o el transcurso de una concurrencia electoral son actividades que, como cualquier otra en un Estado constitucional, deben tener sus límites regulados por normas.

Desde esta perspectiva, el derecho que nos ocupa no es un elemento extraño y contrario a la lógica de lo que normalmente llamamos el Estado de partidos –como *prima facie* pudiera pensarse–, todo lo contrario, ya se ha expuesto que la idea de cargo público representativo sólo puede ser rectamente entendida en cuanto elemento de la democracia representativa, de la representación por partidos en la que naturalmente se inserta, al tiempo que hace posible en la realidad la viabilidad de este régimen político. Pero configura un límite a la acción del soberano y un necesario contrapeso de las potestades del príncipe: la mayoría parlamentaria presente en los órganos de dirección de la Cámara, o en los órganos ejecutivos internos que ejercen la necesaria disciplina en el seno de los partidos políticos o de los Grupos parlamentarios en que aquéllos se articulan.

Si –como provocadoramente expuso Giuseppe Ugo Rescigno (40)– soberano es aquel que no tiene a nadie por encima de sí y que tiende a sustraerse a cualquier límite, desde una observación realista, hoy en las democracias parlamentarias o en lo que se ha llamado Parlamentos de partidos –y admitiendo la dificultad de singularizar al soberano según los distintos enfoques– soberanos son los partidos políticos; aunque cada una de esas organizaciones deba codividir su soberanía con el resto y vengan de algún modo limitados por su pluralidad y concurrencia.

El derecho no puede cerrar los ojos a este fenómeno y continuar confiando en la autorregulación –que la experiencia demuestra no es eficaz– o contentarse con la consigna o el eslo-

(40) Cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO: «Limitare il Sovrano. Brevi note sui partiti politici» en *Critica del Diritto*, núm. 27-28, 1982-1983, pág. 11 y sigs. Expone este autor de forma meridiana la circunstancia, a menudo tan real, de que, además, son simples minorías fuertemente organizadas quienes configuran la mayoría interna del partido y, a veces, sin respeto a las reglas de democracia interna o mediante prácticas clientelares, al tiempo que monopolizan la presentación de candidaturas. ¿Puede el derecho –se interroga– permanecer al margen de estas prácticas o de la ausencia de transparencia en las fuentes de financiación? No parece que en diez años se haya avanzado mucho.

gan, nunca totalmente demostrado, de que las normas jurídicas no deben ocuparse de las realidades políticas (41), aunque sólo sea de sus aspectos estrictamente formales o procedimentales y con el único fin de salvaguardar un método de formación democrática de la voluntad del soberano.

Y, si miramos al Parlamento, puede pensarse algo parecido a lo que ocurre con los partidos. Francisco Rubio ha visto bien la naturaleza dual del Parlamento, primero, como órgano del Estado, cuya voluntad se adopta conforme a la regla de la mayoría, pero también como expresión del pluralismo político o Cámara de representación de muy variados intereses políticos; y, una vez situados en esta segunda dimensión, las voluntades internas de todos los Grupos o minorías son relevantes y no sólo la mayoritaria que adopte la decisión del órgano (42).

La compleja óptica expuesta –creo– justifica la concesión al representante de un verdadero derecho subjetivo configurado como un derecho reactivo: sin esa situación jurídica activa carecería de todo equilibrio y lógica la imprescindible y paralela

(41) En sentido contrario, PAOLO BARILE, quien resume bien los argumentos en favor y en contra de la normación detallada de los partidos políticos y concluye defendiendo, de forma matizada, la conveniencia de su desregulación; a su juicio, si los partidos tienen la función de determinar la política nacional, no deben tener obstáculos en esa función (cabe preguntarse ¿por qué?); y, por la misma razón no pueden merecer más sanciones que las políticas como son la pérdida de afiliados o de electores; señala también que es un argumento que estima insalvable la imposibilidad de encontrar un órgano de control de los partidos que sea aceptado por éstos y del que pueda asegurarse su imparcialidad. Pero se contradice en parte cuando acaba por admitir al menos la necesidad del control de la financiación pública de los partidos (pág. 406). Una excepción que hace dudar de la razonabilidad de erigir el *laissez passer* en una regla general. PAOLO BARILE: *Diritti del uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, Capítulo XXI «Rapporti politici», en especial el epígrafe «Libertà e pluralità necessaria dei partiti. La determinazione con metodo democratico della politica nazionale. Può la legge regolare organicamente i partiti?», pág. 403 y sigs.

(42) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, «El control parlamentario», pág. 241 y sigs.; la mención a la naturaleza dual del Parlamento en pág. 256 y sigs.

atribución al cargo público de una fuerte y personalizada responsabilidad política en gran parte independiente de la del partido; y la necesidad es cada vez mayor ante la tendencia creciente a diluir la responsabilidad por injustificables –conforme a las normas éticas y jurídicas– decisiones personales en la responsabilidad difusa de las organizaciones. Esa responsabilidad política personalizada, ya sabemos, debe ser uno de los elementos que componen la noción de cargo público que la representación construye.

Al cabo, la función del constitucionalismo, como cultura política que sustenta la Norma fundamental, no es otra desde sus inicios que limitar al soberano mediante normas jurídicas; y, por lo que ahora atañe, matizar la aplicación de la regla democrática de la mayoría con la custodia de ciertos derechos de las minorías y de los individuos entre ellas. En un Estado de Derecho y para alguien que se tome los derechos fundamentales en serio, el juego del principio democrático no puede ser *all sail and no anchor*.

Sería un resultado hermenéutico inadmisibile, desde las reglas de la interpretación constitucional, que pudiera existir una contradicción entre los mandatos que se desprenden de las normas constitucionales: a) de una parte, el decisivo papel como sujetos constitucionales de los partidos políticos ex artículo 6 de la Constitución; b) y, de otra, el artículo 23.2, y el artículo 67.2, que consagra el mandato parlamentario libre, al prohibir que los miembros de las Cortes Generales estén ligados por mandato imperativo (43) –por cualquier clase de mandato imperativo sin distinción alguna–, así como también el principio de indelegabilidad del voto de Diputados y Senadores que proclama el artículo 79.3. Es preciso, en suma, hallar una interpretación integradora de estos mandatos constitucionales sólo en apariencia contradictorios.

(43) Cfr. el interesantísimo libro de NICOLÒ ZANON: *Il libero mandato parlamentare*, op. cit.

- B) La incompleta e indirecta teoría de la representación esbozada por el Tribunal Constitucional: la atribución del escaño corresponde al elegido y no al partido político

Puede de este modo comprenderse y situarse dentro de la organización de la democracia representativa que la Constitución diseña, la discutible, pero estimo que válida, jurisprudencia que a continuación se analizará y que atribuye la titularidad del escaño al representante electo y no al partido político que le presentó en su candidatura en la concurrencia electoral.

Pese a la aparente distorsión que en la coherencia interna de esta argumentación principal supone el dato legal –y, en consecuencia, no inmutable– de que el nuestro sea, de acuerdo con la Ley electoral, un sistema de elección del Congreso de los Diputados, de las Asambleas territoriales, del Parlamento europeo y de los Ayuntamientos fundado en la técnica de las listas cerradas y bloqueadas. Una técnica que inevitablemente hace que los votos de los electores recaigan sobre las candidaturas y no de manera personalizada sobre concretos representantes.

Y pese a las incógnitas que suscita la aplicación de esta doctrina al fenómeno del llamado «transfuguismo» político o abandono voluntario de las filas del partido político o del posterior Grupo creado por los elegidos en la candidatura presentada por aquél; un transfuguismo que, en ocasiones, encierra cambios de posicionamiento político que resultan social, ética, e incluso políticamente injustificables, pero no siempre (44).

(44) Véase JORGE DE ESTEBAN: «El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, 1990, pág. 7 y sigs., quien, entre otros extremos, se muestra favorable a una fórmula legal similar a la de la conocida cláusula del artículo 163.1 c) de la Constitución portuguesa, que al tiempo que omite la prohibición del mandato imperativo asevera: «pierden el mandato de diputados los que se inscriban en un partido distinto de aquél por el que fueron elegidos». No obstante, albergo un claro escepticismo sobre esta opción, porque de la eficacia prácti-

En efecto, a mi entender, bajo esa expresiva y omnicompreensiva fórmula periodística –«el tráfuga»– se encierran realidades políticas y jurídicas muy diversas, que requieren de un análisis sosegado, sin dejarse influir por tentativas de linchamiento público, y que pueden merecer distintos juicios de valor, no siempre condenatorios. Un cambio de partido o de ideario en un político puede ser tan respetable como el de cualquier ciudadano –recuérdese lo acaecido en la I Legislatura con una pluralidad de parlamentarios de la UCD que ostentaban ideologías distintas– y todavía más si es el partido político el que se aparta del programa presentado ante el electorado y no el representante con sus propias actuaciones; lo que habitualmente se recrimina es que tal evolución responda a espurios intereses económicos o a móviles socialmente injustificables y éticamente reprobables. Cuando, al actuar de este modo, se adopta una posición contraria a la del programa presentado ante el electorado, la opinión pública no suele tolerar estas prácticas a no ser que previamente se abandone el cargo; y la condena popular, en el terreno de la responsabilidad política difusa, es mayor cuanto mayor sea el beneficio privado que se supone el tráfuga ha obtenido. Pero es muy probable que la solución a estas conductas abusivas y políticamente reprobables no deba venir de las normas jurídicas escritas, sino de la introducción de ciertos usos parlamentarios y constitucionales –las llamadas normas de la corrección constitucional– y, en concreto, el compromiso de los partidos políticos de no utilizar de manera socialmente injustificable el

ca de esta previsión constitucional cabe seriamente dudar; véase J. J. GOMES CANOTILHO y VITAL MOREIRA: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3 edición, Coimbra Editora, 1993; estos autores admiten que el tenor literal del precepto permite al diputado desligarse del partido por el que fue elegido y permanecer como diputado independiente si no se «inscribe» en otro partido; algo en la realidad poco probable y menos aún cuanto más inconfesables sean sus móviles. Igualmente, NICOLÒ ZANON: «I diritti del deputato...», *op. cit.*, pág. 1153 y sigs., quien recoge los términos del debate doctrinal sobre los diputados tráfugas acaecido en Alemania y resalta que la mayoría de los autores concluyeron por afirmar que la automática decadencia del mandato lesionaría la prohibición de mandato imperativo que recoge el artículo 38 de la Ley Fundamental.

voto de los tráfugas y el acuerdo tácito de no incluirlos en las listas electorales inmediatas.

Dicha jurisprudencia constitucional, de sobras conocida, es sustancialmente la que a continuación se narra de manera sucinta. La posición del Tribunal arranca de dos Sentencias ya históricas, las SSTC 5 y 10/1983, respectivamente, los casos del cese del Alcalde de Andújar tras su expulsión del PSOE y de los Concejales renovadores del PCE del Ayuntamiento de Madrid.

El artículo 11.7 de la vieja Ley de Elecciones –recuérdese– decía que tratándose de listas que «representen» a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que lo presentó, cesará en su cargo y se cubrirá la vacante por el tiempo que restare del mandato. Adviértase que el precepto legal identificaba la presentación de una candidatura o lista con el complejo fenómeno de la representación. En la citada STC 5/1983, el Tribunal estimó que esta regulación legal estaba en contradicción con el artículo 23.2 de la Constitución, puesto que –se afirmó– son los representantes quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar y no una organización como es el partido político y, por ello, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores y eventualmente a la del elegido; los partidos políticos concurren en el proceso electoral y desempeñan importantes funciones constitucionales, pero lo titulares del derecho son los ciudadanos y no los partidos.

En definitiva, un argumento escueto y discutible, pero constitucionalmente consistente: el sufragio pasivo sólo tiene sentido jurídico como correlato del sufragio activo, quienes crean una relación jurídica de representación –los electores– son los únicos que pueden poner fin a la misma y no una tercera voluntad de una persona jurídica; como ha expresado bien Angel

Garrorena: «la lesión en la posición del representante es lesión indirecta en el derecho de sus electores» (45).

No obstante, debe reconocerse, de un lado, que se trata de una teoría de la representación indirectamente construida, pues arranca de la configuración de un derecho reactivo del representante frente a ceses indebidos y no de una delimitación apriorística o directa de la relación representativa, y, de otro, que la tesis es harto discutible.

De hecho, un voto particular defiende la posición contraria: el que se ha presentado como miembro de un partido lo ha hecho teniendo en cuenta, aparte de sus aptitudes personales, su pertenencia al partido, conociendo tanto éste como el candidato las consecuencias que ello podía acarrear en el caso de que dejara de pertenecer a él.

Pero la opinión disidente arroja también alguna insatisfacción y no llega a persuadir totalmente: qué ocurre cuando el candidato que figura en las listas de un partido político no es militante de éste, un candidato independiente; o, más claramente aún, cuando la candidatura fue presentada por una federación de partidos o una agrupación de electores —como permite

(45) En sentido contrario se muestra, agudamente, ANGEL GARRORENA MORALES: *Representación política, elecciones generales y procesos de confianza...*, *op. cit.*, pág. 31 y sigs., quien advierte con tino que el Tribunal no ha desarrollado suficientemente los efectos modificativos del principio democrático sobre la comprensión clásica del mandato representativo, el representante tiene un compromiso de fidelidad a ciertos compromisos políticos respecto de quienes lo eligen y a quienes no puede defraudar; en este caso, estima que debe primar el principio democrático sobre el libre mandato representativo; la expulsión forzada de un partido no puede equipararse a la infidelidad del representante con sus electores. Una plausible distinción, pero que plantea serios problemas de construcción jurídica que deben ser resueltos antes de avanzar por la vía de la juridificación del transfuguismo, entre otros, quién enjuicia la infidelidad del elector respecto del electorado, con qué criterios, y si la sanción de infiel debe ser la pérdida del cargo. La STC 31/1993 no avanzó en esta línea hasta el punto de que el abandono del partido supusiera la pérdida de la condición de Concejal.

el art. 44 de la LOREG—, entidades que no suelen suponer una organización estable ni, en consecuencia, poseen siempre una voluntad precisa; por otra parte, según ha recordado provocadoramente Rubio Llorente en un juicio sumamente discutible, para una buena parte del electorado, un partido «no es tanto una propuesta ideológica o un programa de gobierno como un equipo de políticos en los que se confía o, a veces, simplemente el séquito de un líder más o menos carismático», en ambos casos, son las personas «los factores determinantes de la opción electoral» (46).

Poco más de quince días después, la STC 10/1983 que, como se recordará, también contempla un voto particular, vino a reforzar la doctrina recogida en la Sentencia precitada con un mayor esfuerzo de construcción teórica. El origen popular del poder —se aseveró— obliga a entender que la titularidad de los cargos públicos sólo es legítima cuando resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos, representantes son únicamente aquellos cuya designación resulta de la elección popular; y la opción política de nuestra Constitución es en favor de que la idea de representación vaya unida a la del mandato libre; mas el verdadero problema no es ese y sí resolver si los representantes pueden ser cesados y privados de sus funciones por una decisión que no emana de los electores, y este interrogante debe recibir una respuesta negativa, puesto que si todos los poderes emanan del pueblo, no es constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para poder ser considerado un poder público la facultad de determinar por sí misma ese cese; el derecho del artículo 23.1 es un derecho que corresponde a cada ciudadano y el derecho del artículo 23.2 protege a los titulares de los cargos públicos frente a una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación.

(46) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Los tráfugas no son tan malos», artículo publicado en el diario «El País», 6 de octubre de 1993, quien arroja luces y sombras sobre esta condena y se muestra, brillantemente, de la parte del infiel.

Esto es lo que Caamaño, al analizar la naturaleza del mandato parlamentario, llama un derecho fundamental reflejo o interactivo: un derecho que no existe en el tenor literal del artículo 23 de la Constitución, pero que el Tribunal construye tendiendo un difícil puente entre los apartados 1.º y 2.º de ese precepto; de forma que ni uno ni otro pierden sustantividad jurídica e independiente, pero su ámbito se amplía (47).

Quizá la vía de razonamiento más idónea, de no venir ambas Sentencias condicionadas por deducirse las pretensiones en recursos de amparos y, por consiguiente, deber centrarse el debate procesal en la hipotética lesión de un derecho fundamental susceptible de tutela a través de ese recurso, hubiera sido la que se suscita en torno a la prohibición constitucional de mandato imperativo (art. 67.2 de la Constitución) o, lo que es lo mismo, en la garantía del libre mandato representativo.

Por eso, acertó Pedro de Vega al señalar, tras estas dos primeras resoluciones, que, paradójicamente, el mandato representativo que el elegido ostenta se puede convertir, de hecho, en un mandato imperativo si el representante se somete voluntariamente a las decisiones de un partido político (así lo demuestran la existencia de algunas prácticas viciadas cual es la renuncia en blanco, previa y sin fecha, al escaño por el parlamentario), pero, si aquél decide mantener su libre voluntad frente al partido, la única relación jurídica vinculante es la que se establece entre electores y elegidos (48).

Diez años después de las dos Sentencias reseñadas, la STC 31/1993, el conocido caso el Alcalde de Las Palmas, vino a dar ocasión de matizar bastante los razonamientos expuestos en aquéllas. Se planteaba la interpretación que debía concederse al artículo 196, letra a), de la LOREG cuando establece que podrán ser candidatos a la elección de Alcaldes todos los Concejales que encabecen sus correspondientes listas. El candidato ha-

(47) FRANCISCO CAAMAÑO: *Op. cit.*, pág. 71.

(48) PEDRO DE VEGA: *Op. cit.*, pág. 40 y sigs.

bía concurrido a las elecciones encabezando la candidatura del PP, pero, posteriormente y por su propia voluntad, se había dado de baja en dicho partido y junto a otros Concejales había constituido un Grupo municipal mixto. Un ejemplo de lo que suele llamarse transfuguismo político. El Tribunal Constitucional entendió: que sólo podía considerarse «cabeza de lista» quien lo fue en el momento de la abierta concurrencia electoral, que tal condición se perdía con la libre decisión de abandonar el Grupo, y que el llamado Grupo mixto no podía ser equiparado a una lista.

Las consideraciones que en esta Sentencia se hacen sobre la relevancia de los partidos políticos en el sistema de democracia representativa, y, especialmente, acerca de que los votos de los ciudadanos en las elecciones municipales son a listas o candidaturas presentadas por partidos u otros sujetos electorales, y en relación a la distinción entre la expulsión de un candidato de un partido –situación que contemplan las SSTC 5 y 10/1983– y la baja voluntaria que aquí se analizaba, pueden acaso hacer pensar que el Tribunal modifica su posición sobre la titularidad del «escaño» o, en general, del cargo. Pero no es ésta la única lectura posible de la Sentencia ni creo que sea la más adecuada para lo que en el caso se solventa, antes bien creo que en 1993 el Tribunal confirma, y de algún modo matiza, lo que había dicho diez años antes; de suerte que, cuando la ocasión llega, no se aprovecha para cambiar de criterio sino para consolidar la doctrina expuesta.

En efecto, el legislador puede establecer un requisito, que cabe considerar razonable para acceder a la elección indirecta como Alcalde por los Concejales, cual es haber liderado una lista en la directa concurrencia electoral ante los ciudadanos, y, de admitirse la constitucionalidad del requisito legal en términos de igualdad en el acceso, habrá de reconocerse, ciertamente, que ni el Grupo mixto es una lista electoral ni encabeza una lista quien libremente y de forma sobrevenida a la elección ciudadana abandona la candidatura que lideraba. Podría pensarse en una especie de pérdida sobrevenida del requisito, pero,

quien no pueda por esta razón ser candidato a la elección de Alcalde conserva en todo caso su condición de Concejal, de suerte que, de una parte, la medida no está exenta de proporcionalidad, y de otro, es claro que no se modifica la parcial teoría de la representación hasta entonces elaborada por la jurisprudencia: quien libremente abandona un partido, sin ser expulsado, tampoco pierde el cargo.

C) Un derecho reactivo frente a lesiones causadas por muy diversos sujetos pasivos

Esta concepción del derecho fundamental, en cuanto derecho de autonomía de los cargos públicos representativos, resulta inseparable de su configuración dentro de los derechos subjetivos como un derecho reactivo, reaccional o impugnatorio, que apodera al representante con facultades para eliminar las actuaciones ilegales que le perturban en su esfera de intereses y poder restablecerse en la integridad del derecho transgredido.

El Tribunal Constitucional reconoció, creo que por vez primera en la STC 50/1986, que del artículo 23.2 de la Constitución nace un derecho reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria, y en último término ante el propio Tribunal Constitucional, toda norma que quiebre la igualdad, pero se trataba de un supuesto de acceso a la función pública y de oposiciones restringidas. Fue en un amparo electoral de proclamación de candidaturas (STC 82/1987) donde primero se usó la misma doctrina para un caso de acceso a un cargo público representativo: el artículo 23.2 –se aseveró– supone la atribución a los ciudadanos de un derecho reaccional para corregir, facilitando el ejercicio del derecho, los actos del poder que hayan podido impedir o menoscabar aquel acceso en condiciones igualitarias y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes.

El entendimiento del derecho de acceso a los cargos públicos representativos como un *ius in officium* que permite incluir

en el ámbito del derecho constitucionalmente protegido las facultades y los intereses que hacen reconocible el cargo, aunado a su caracterización como derecho reaccional o reactivo, es notorio, han acabado por abrir la puerta de la justicia constitucional tanto al derecho parlamentario como al derecho electoral en una larga serie de pronunciamientos.

¿Pero estamos ante un derecho reactivo o de defensa frente a violaciones del derecho fundamental producidas por quién?

Es muy conocido que al amparo del artículo 23.2 se enjuician en sede constitucional numerosas demandas en las que se exponen controversias relativas a presuntas lesiones del derecho fundamental causadas tanto por parte de los órganos de dirección de las Cámaras –la Presidencia, la Mesa– como por la Administración electoral y los Tribunales contencioso electorales.

No conozco casos, en cambio, en que se hayan imputado judicialmente, de manera inmediata o mediata, dichas lesiones a Grupos parlamentarios. Un supuesto que, conceptualmente, no me parece que pueda ser descartado, a pesar del obstáculo procesal, en modo alguno insalvable, que el artículo 41.2 de la LOTC supone por su expresa mención a los poderes públicos; si se admite que bajo una Constitución normativa y en un Estado democrático tanto los poderes públicos como los ciudadanos (art. 9.1) y las entidades que éstos configuren –si bien unos y otros de distinta manera y con diferente intensidad– están sometidos a las Normas fundamentales. A esta conclusión puede llegarse igualmente desde la tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares –mediante las técnicas de la imputación de la lesión constitucional a los órganos de dirección de la Cámara o al Reglamento– como desde la inmediata.

Tampoco me parece que pueda considerarse como un obstáculo insalvable que los Grupos parlamentarios sean una manifestación del derecho de asociación entre privados y, por

tanto, que vengan regidos por una amplia libertad de sus miembros para abandonarlos dejando de estar sometidos, desde ese mismo momento, a la disciplina del Grupo; esta afirmación no basta para ordenar todo el fenómeno asociativo, pues también la libertad de asociación viene condicionada en su funcionamiento interno a ciertas reglas de procedimiento como puede ser el cumplimiento de los requisitos formales estipulados en los estatutos para acordar la expulsión de uno de sus miembros y, en general, para la toma de decisiones; así se reconoce claramente en la jurisprudencia constitucional desde el caso del Círculo Mercantil de la Línea de la Concepción, STC 218/1988.

De hecho, la regulación recogida en el artículo 110.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados pudiera quizá estar en el origen de uno de estos casos: sabido es que el escrito de enmienda que presente un Diputado debe llevar la firma del portavoz del Grupo parlamentario «a los meros efectos de conocimiento», cabe preguntarse si esta facultad reglamentaria permite transformar un derecho individual del parlamentario a participar en las labores legislativas en un derecho cuya titularidad sea realmente del Grupo, mediante el expediente de erigir dicha firma en una verificación de la oportunidad de la enmienda en vez de configurar una simple constatación de su existencia (49).

Sí existen, por otra parte, ejemplos, dos ya han sido reseñados en este estudio, en los que la transgresión del derecho fundamental procedía de partidos políticos –la expulsión de un afiliado y la tentativa de cese y sustitución del cargo público– y el Tribunal la reparó, utilizando el expediente procesal de imputar la lesión a la intervención judicial y a la Ley.

(49) He desarrollado esta idea en «El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario...», *op. cit.*

D) ¿A qué llamamos derechos fundamentales de configuración legal? Los peligrosos y expansivos efectos de esta ambigua definición en materia electoral

Pero la ambigua, imprecisa y doctrinalmente más que discutible caracterización del derecho fundamental como «derecho de configuración legal» –no es sencillo encontrar, entre nosotros, una elaboración dogmática de esta pretendida categoría doctrinal de derechos– acaba por complicar mucho las cosas, hasta el extremo de que no se sepa con frecuencia por donde discurre la frontera entre legalidad ordinaria y contenido constitucional de este derecho reactivo, de defensa o impugnatorio. Es ésta una expresión que no viene acompañada en la jurisprudencia de una construcción –a mi juicio– suficiente y sin contradicciones que justifique el empleo de esa cláusula como categoría, sin embargo, se emplea no sólo respecto del artículo 23.2, sino también, y además con sentidos no siempre idénticos, para la tutela judicial efectiva, los derechos de los extranjeros y la libertad sindical.

El artículo 23.2 reza «con los requisitos que señalen las leyes», lo cual no es exactamente lo mismo que admitir la configuración legal y sin límites de un derecho fundamental, pues el ejercicio de cualquier derecho puede condicionarse a la satisfacción de ciertos requisitos legales, sin que esto suponga dejar a la configuración legal la precisión de sus límites internos.

Los riesgos de esa confusión de planos que se denuncia se han materializado especialmente en materia electoral, sobre todo, a raíz de la línea, me parece que censurable por demasiado expansiva, que supone la STC 24/1990, el caso de las elecciones generales de 1989 en la circunscripción de Murcia, donde el Tribunal se situó en una labor prácticamente casacional de interpretación uniforme en toda la Nación de la legalidad electoral, al decidir la exégesis pertinente del artículo 113, apartados 2.d) y 3, de la LOREG, atinentes a la opción entre nulidad absoluta de la elección en toda la circunscripción o a la parcial en algunas Mesas. Es verdad que dicha Sentencia se pronunció

con encomiable responsabilidad, justeza y corrección técnica, pero probablemente sin poseer competencia para ello; invadiendo, por tanto, potestades del legislador a la hora de zurrir una laguna o un descosido normativo, e incurriendo en lo que podríamos llamar una voluntariosa función de suplencia (50). De hecho, un razonado y plausible voto particular puso de manifiesto las aporías de la mayoría en su razonamiento.

Pero el problema de esta jurisprudencia constitucional de frontera con la jurisdicción contencioso electoral no se reduce al singular y acaso excepcional –por las graves circunstancias políticas o de inestabilidad gubernamental presentes– caso precitado. Existe una doctrina jurisprudencial muy consolidada según la cual cualquier irregularidad electoral en la interpretación de las normas, o un error en el cómputo que pueda ser determinante del resultado son susceptibles de revisión en el amparo de proclamación de electos, para garantizar el derecho fundamental en juego, y con el fin de preservar que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de candidatos (entre otras, SSTC 71/1989, 79/1989, 26/1990, 156/1991, etc...).

Una posición que no es fácil compartir, pues viene basada en un criterio que calificaría como de prevalentemente «cuantitativo» –que venga afectado o no el resultado de la elección, al cabo, un criterio en función del número de sufragios o papeletas cuya validez se discuta– y no cualitativo –qué vicios por razón de su naturaleza atañen al derecho fundamental en vez de configurar simples irregularidades electorales–. Y que, precisamente por esa configuración del acceso al recurso de amparo electoral diríase que «por razón de la cuantía», suscita algunas dudas sobre su compatibilidad con el mandato del artículo 70.2 de la Constitución, que –conviene no olvidarlo– determina que la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras esté sometida «al control judicial» en

(50) Crítico se mostró también, entre otros, JAVIER PÉREZ ROYO: «Sobre la Sentencia» en el diario «El País», 17 de febrero de 1992.

los términos que establezcan la ley electoral, y no al control del Tribunal Constitucional, como ocurre en otros modelos de derecho comparado.

En puridad, y de acuerdo con la moderna Teoría de la Constitución democrática, nunca un derecho fundamental puede ser realmente de configuración legal, porque los derechos fundamentales no se confunden ya con el principio de legalidad, como pudo defender un primer positivismo en momentos en que las Normas fundamentales no contaban con declaraciones de derechos o éstos eran meros principios orientativos de la labor del legislador sin posibilidad alguna de su control jurisdiccional. Un derecho fundamental vale –sin desechar la concreta configuración histórica de su contenido esencial– lo mismo que la norma constitucional que lo reconoce y que aquéllas otras con las que encuentra en una conexión sistemática, aunque venga sometido –cuestión bien distinta– a un desarrollo directo por Ley orgánica. Una potestad legislativa que únicamente puede cerrar los espacios abiertos dentro de la norma constitucional en la que se integra, en el caso de la Ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución), o regular por Ley ordinaria las condiciones que hagan posible su ejercicio (art. 53.1), o, en su caso, habilitar a un complemento reglamentario de esas regulaciones.

Estas afirmaciones de principio obligan a hacer también aquí un esfuerzo hermenéutico por extraer directamente de las propias normas constitucionales, mediante el empleo de los criterios habituales de la interpretación constitucional, el contenido del derecho fundamental en su conexión con las normas electorales e independientemente de los requisitos legales que hagan posible o condicionen su ejercicio; es decir, decantar las facultades y los intereses que de no verse custodiados harían irrecognoscible el derecho fundamental y desprovisto de contenido su *nomen iuris*. Sin desfallecer en ésa, ciertamente ardua, labor y limitarse a –lo que se ha llamado en la jurisprudencia– interpretar la Ley *secundum Constitutionem*.

Pero señalar esto no es igual que aseverar que un derecho fundamental de configuración legal es aquél cuya «delimitación de su contenido y perfiles concretos queda encomendada a la Ley» y agregar que es necesario interpretar la legalidad configuradora de los derechos fundamentales *secundum Constitutionem*, puesto que «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución le reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal» (STC 25/1990, FJ 6.º).

Desde esta ambigua posición, la legislación electoral en su conjunto pasa a formar parte del derecho fundamental, en la medida en que las irregularidades acaecidas sean determinantes del resultado de la elección, y el Tribunal Constitucional corre el riesgo de erigirse en un Tribunal electoral más, como en ocasiones ya ha ocurrido. Ahora bien, que el derecho fundamental que nos ocupa sea un derecho subjetivo, reaccional e impugnatorio, y deba ejercerse con los requisitos que el legislador determine no debería llevar, necesariamente, a esa conclusión en vez de a una saludable autocontención. Convendría reflexionar sobre todo esto.

- E) La proyección del derecho en el ámbito parlamentario abre la puerta a un control externo e independiente de hipotéticos abusos

Ya para concluir, en el campo del derecho parlamentario, la comprensión del artículo 23.2 como un derecho impugnatorio lógicamente permite al representante elegido defender –en sede parlamentaria y en sede jurisdiccional– las facultades que integran el contenido *ex Constitutione* del derecho fundamental, y, al tiempo, forman parte del estatuto de los parlamentarios reconocido por los Reglamentos de las Cámaras; aunque conceptualmente ambos círculos no coincidan totalmente y sea sensato, en consecuencia, pensar que este último tenga un mayor diámetro que aquél.

Esta construcción ha permitido al Tribunal Constitucional salvaguardar en numerosas oportunidades derechos de las minorías parlamentarias frente a la mayoría, sin admitir que las Cámaras configuren un ámbito espacial donde los postulados del Estado de Derecho, y los derechos fundamental entre ellos, deban detenerse en la puerta, *ratione loci* –como suele decirse por algunos– con el fin de garantizar la independencia política del Parlamento. Pero el principio de constitucionalidad que el artículo 9.1 de la Norma fundamental recoge no establece excepciones por razón del territorio al sometimiento de los poderes públicos a la Constitución.

La defensa de esas facultades, de nuevo, pasa por la existencia de un recurso de amparo frente a actos y decisiones parlamentarias sin valor de Ley (art. 42 de la LOTC) y no por un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales o fracciones internas de éstos como ocurre en otros ordenamientos (51).

Para que el mecanismo fuera operativo, fue preciso que el Tribunal Constitucional sorteara un obstáculo previo constituido por el mito de los *interna corporis*: una extendida explicación simbólica e histórica que no se adecuaba a la naturaleza jurídica de las cosas en nuestros días (52).

(51) Véase JAVIER GARCÍA ROCA: *El conflicto entre órganos constitucionales*, *op. cit.*, pág. 85, intuía entonces –basándome en la experiencia de la Ley reguladora de la iniciativa legislativa popular de 1984– que, cuando el legislador cae en la cuenta de una de estas posibles controversias constitucionales, prefería introducir un recurso de amparo, por su conexión con el artículo 23 de la Constitución, antes que un conflicto de atribuciones, así como que era difícil saber si se produce primero la lesión de una atribución o de un derecho fundamental, o, en otras palabras, cuál de ambas lesiones es sólo una consecuencia. El tiempo no parece haber desmentido estas consideraciones.

(52) Véase el pionero trabajo de IGNACIO TORRES: «Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo (Un comentario al Auto del TC de 21 de marzo de 1984)» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984, pág. 153 y sigs. Se manifiesta también favorable, entre otros, a que el Tribunal Constitucional haya entrado a conocer violaciones de derechos relativas al estatuto de los parlamentarios y a la pérdida de valor de la teoría de los

Tras una primera línea de jurisprudencia muy restrictiva que excluía los actos internos de las Cámaras de la garantía que el artículo 23.2 de la Constitución y el artículo 42 de la LOTC suponen (entre otras resoluciones, los AATC 183/1984, 477/1984, 12/1986, 292/1987, 659/1987), estimo que un claro punto de inflexión es la STC 118/1988, el caso del acceso a las materias clasificadas por los Diputados en el debate sobre el referéndum de la OTAN, en la cual se matizó que en cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho fundamental tutelable en el amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los *interna corporis acta*; pero curiosamente se desestimó el amparo —en realidad, se inadmitió— por considerarse que la Resolución del Presidente del Congreso impugnada no era una decisión sin valor de Ley y revisable en amparo.

Es quizá, por eso, en la STC 23/1990 donde se encuentra un mayor esfuerzo de reseña de los precedentes y por revisar el obstáculo que esa teoría pueda en algún caso implicar, aunque la Sentencia no admite la existencia del punto de inflexión que aquí se singulariza.

Entre la experiencia que la tutela en amparo constitucional del derecho ofrece, puede recordarse la revisión de la constitucionalidad del requisito del juramento de la Constitución para adquirir la plena condición de parlamentario (SSTC 101/1983, 122/1983, 119/1990, y 74/1991); ampliamente comentada por la doctrina científica.

O, ya dentro del derecho al ejercicio del cargo y sin poder detenerse en su muy interesante exposición, se ha suscitado como controversia la medida en que viene amparado por el contenido del derecho fundamental el derecho de los parla-

actos internos EDORTA COBREROS: «El status parlamentario como derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 de la Constitución» en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pág. 2125 y sigs.

mentarios a percibir unas remuneraciones –percátese de la presencia del art. 71.4 de la Constitución y de su conexión con el art. 23.2–, y unas subvenciones los Grupos parlamentarios en que éstos se integran, que materialmente permitan el ejercicio de las funciones que la Constitución les asigna: SSTC 23/1984, 96/1988, 214/1990, 15/1992, etc...; con claras contradicciones, incluso en el sentido del fallo, entre las primeras resoluciones –negatorias– y las últimas –afirmativas–.

O el derecho de los parlamentarios a recibir información, igualmente con el fin de poder ejercer sus funciones, que reconocen expresamente el artículo 109 en su conexión con el artículo 23.2 de la Constitución, y desarrollan el artículo 7 del Reglamento del Congreso de los Diputados y distintos preceptos de los correspondientes Reglamentos de las Asambleas de las Comunidades Autónomas (SSTC 118/1988, 161/1988, 181/1989, 196/1990, 220/1991, etc...).

O el denominado *ius procedatur*, o derecho a que los escritos presentados por los parlamentarios –mociones, enmiendas, etcétera...– sean tramitados en la forma reglamentariamente prevista sin hurtar facultades de discusión, o de deliberación y de participación en la vida de las Cámaras que corresponden a los parlamentarios (SSTC 23/1990, 205/1990, ATC 105/1993, etc...).

En definitiva, algo debe la vida parlamentaria a la existencia de este derecho reactivo del representante: la delimitación de una senda en la que el enfrentamiento entre mayoría y minorías, a la hora de la elaboración de las distintas políticas y del ejercicio de las actividades y funciones que a los Parlamentos constitucionalmente corresponden, no es una patente de corso para una confrontación sin reglas; o, cuando menos, sin una, el respeto a los derechos fundamentales de cada representante.