



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El mandato representativo y el *ius in officium* de los cargos públicos representativos en el Derecho Español

Presentado por:

Ignacio del Moral Sánchez

Tutelado por:

Edmundo Matía Portilla

Valladolid, 28 de septiembre de 2017

A mi familia

RESUMEN

En el presente trabajo abordaremos el estudio de un derecho básico y clave para entender el principio democrático que rige nuestro Estado Constitucional. Se sitúa dentro del catálogo de derechos fundamentales de nuestra Carta magna. Hablamos del derecho de participación de los españoles en los asuntos públicos a través de sus representantes y, como consecuencia, el derecho de acceso de estos al cargo público representativo. El cual vamos a dividir, como hace el Tribunal Constitucional, en tres momentos distintos: (1) el acceso, (2) la permanencia en el mandato y (3) el ejercicio de las facultades del cargo.

ABSTRACT

In this project, we are going to deal with the study of a basic right and the key to understand the democratic principle in our Constitutional State. This right is embedded in the fundamental rights chapter in the Spanish Constitution, exactly in the article 23rd, that includes two episodes, the first one prays that every citizen has the right to know public affairs, and the second prescribe the equal and free access to public service. So, in this project, we'll summarize the recent and old case-law of the Constitutional Court, the highest authority to interpret our Supreme Law. From the Constitutional case-law, we can distinguish three moments of the public duty: (1) the entering, (2) the stretch in the duty and, last but not least, (3) the allocation of power of the person in charge.

PALABRAS CLAVE

Mandato representativo, elecciones, parlamentarios, representante locales, Grupos Parlamentarios, Parlamentos, Asambleas Legislativas, Corporaciones Locales.

KEY WORDS

Term of office, elections, parliamentarians, local representatives, Parliamentarians' Groups, Parliaments, Legislative Assemblies, Local Corporations.

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|--|
| CE | Constitución Española. |
| LOTC | Ley Orgánica 2/1979, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional. |
| LOREG | Ley Organiza 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. |
| LRBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. |
| RD 2568/1986 | Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales. |
| RCD | Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982. |
| RS | Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994. |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional. |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional. |
| TC | Tribunal Constitucional. |
| TS | Tribunal Supremo. |

Índice

| | |
|---|----|
| 1. Introducción a la democracia representativa..... | 9 |
| 2. El artículo 23 de la Constitución Española y el <i>ius in officium</i> | 11 |
| 3. El acceso al cargo público..... | 18 |
| 3.1 Sufragio pasivo. Capacidad electoral y causas de inelegibilidad e incompatibilidad..... | 20 |
| 3.2 Presentación y proclamación de candidaturas. Vía de amparo del artículo 49.3 LOREG..... | 23 |
| 3.3 Dimensión prestacional del derecho fundamental..... | 29 |
| 3.4 Garantías jurisdiccionales del proceso electoral..... | 31 |
| 3.5 Juramento o promesa del cargo..... | 34 |
| 4 La permanencia en el cargo..... | 36 |
| 4.1 Incompatibilidades..... | 36 |
| 4.2 Prerrogativas: inviolabilidad, inmunidad y aforamiento..... | 37 |
| 4.3 Suspensión del cargo..... | 45 |
| 4.4 Renuncia del cargo..... | 46 |

| | | |
|-----|--|----|
| 4.5 | Los Grupos Parlamentarios..... | 47 |
| 4.6 | Del tráfuga al Parlamentario no adscrito..... | 49 |
| 5 | El ejercicio del cargo público: las derechos de los parlamentarios..... | 52 |
| 5.1 | Derecho al voto..... | 52 |
| 5.2 | Derecho a la tramitación de propuestas..... | 55 |
| 5.3 | Derecho de enmienda..... | 57 |
| 5.4 | Derecho de interrogación..... | 59 |
| 5.5 | Derecho a la retribución de los parlamentarios y las subvenciones de los Grupos..... | 63 |
| 6 | Los Concejales y el Grupo político municipal..... | 65 |
| 6.1 | El acceso al mandato representativo municipal..... | 65 |
| 6.2 | Derechos de participación política de los miembros de las Corporaciones Locales..... | 66 |
| 6.3 | Dedicación y derechos económicos de los miembros de las Entidades Locales..... | 68 |

| | |
|---|----|
| 6.4 Los Grupos políticos municipales y el concejal no adscrito..... | 69 |
| 7 Conclusiones..... | 71 |
| 8 Bibliografía..... | 72 |

1. INTRODUCCIÓN A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

El Estado español se configura en nuestra Carta magna como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1). El mismo precepto eleva, a continuación, a la categoría de valores supremos del ordenamiento jurídico español la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. La libertad entendida como la responsabilidad del ciudadano que tiende al bien común; la igualdad entendida tanto en los términos del art. 14, es decir, la de todos los ciudadanos respecto a la ley, y en el sentido material del art. 9.3, como una igualdad real y efectiva; la justicia, que significa dar a cada uno lo suyo en el sentido más genuino; y el pluralismo político que, en base a la libertad ideológica de los ciudadanos, desarrolla la libertad de asociación de estos para participar de los asuntos públicos.

El art. 1 de nuestra CE es uno de los pocos, en comparación con el resto de Constituciones, que realiza una recepción expresa de la fórmula “Estado de Derecho”, y comporta la asunción de sus principales postulados. Tan es así que nuestra Constitución ha comenzado por recoger de manera también expresa esa cláusula “*imperio de la ley*” de la que solemos decir que es cifra y compendio de todo el Estado de Derecho. Lo ha hecho en su Preámbulo donde afirma que es voluntad de la nación española “*consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*”.

Para lograr esta subordinación del poder a la ley, al Derecho, la Constitución lo reconoce a través de algunos preceptos:

El art. 9.1 cuando dice que “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”, abarca una perspectiva genérica.

Desde un punto de vista más particular:

El art. 97 somete las potestades del Gobierno “*de acuerdo con la Constitución y las leyes*”.

El art. 103.2 según el cual la administración debe actuar “*con pleno sometimiento a la ley y al Derecho*”.

El art. 117.1 establece que los Jueces y magistrados actúan vinculados “*únicamente al imperio de la ley*”.

A partir de ahí la Constitución ha acogido los presupuestos del pensamiento liberal que constituyen su esencia ideológica:

- ❖ El principio de soberanía popular reconocido en el art. 1.2.
- ❖ El principio de separación de poderes, reconocido implícitamente en distintos artículos. El art. 66.2 para las Cortes, el art. 97 atribuye al Gobierno funciones ejecutivas, y en el art. 117.3 los Tribunales y Jueces asumen la potestad jurisdiccional.
- ❖ Y la garantía constitucional de las libertades fundamentales prevista en el Título I.¹

Ese reconocimiento explícito en la CE “*como un Estado (...) y democrático...*”, y a su vez el compromiso con la democracia como forma de organización del Estado, se traduce en *el principio democrático*. Ahora bien, a partir de esta formulación matriz, este principio se hace eficaz en una triple dimensión que coincide con los tres modos o momentos lógicos en los que generalmente admitimos que se desarrolla la idea de democracia e incluso con los tres sentidos con los que solemos utilizar vulgarmente este concepto. Son ellos el *momento de la fundamentación o legitimación del poder* (en este sentido decimos a veces que algo es democrático para expresar que lo consideramos legítimo), el *momento de la participación en el poder* (de ahí que otras veces utilicemos el termino “democrático” para significar que algo se acuerda o decide de forma participada) y el *momento de la organización y funcionamiento del poder* (razón por la cual hablamos de democracia para referirnos a la disposición de piezas -democrática- de un concreta estructura).

¹ GARRORENA MORALES, ÁNGEL: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Véase el epígrafe II del Tema 5, págs. 126 y 127. Segunda edición, Estudios Constitucionales.

En la primera de estas dimensiones, *la legitimación del poder*, el principio democrático significa que el consentimiento fundacional de los gobernados es la fuente última que legitima todo el orden de autoridades del Estado y todo el orden de prescripciones del Derecho que ese Estado produce. Así, pues, para que una autoridad sea legítima debe tener su origen en una decisión directa o indirecta del pueblo soberano, lo que permite identificar las normas dictadas por esas autoridades con la voluntad ciudadana.

El segundo ámbito de actuación del principio democrático que define GARRORENA MORALES, es el de *la participación de la sociedad en los asuntos públicos*. Nuestra Constitución abre la vía, en su artículo 6, de la facultad a los individuos de formar partidos políticos con el fin de expresar la diversidad de las posiciones ideológicas presentes en la sociedad, dando así cauce a la realización efectiva del principio de pluralismo político consagrado en el apartado 1 del artículo primero de la CE.

Finalmente, la dimensión orgánica, *la organización democrática del poder*, actúa en el funcionamiento de las instituciones en los distintos niveles territoriales de gobierno (estatal, autonómico, local) con un doble alcance: 1) el principio mayoritario como la regla general en la actuación de estas instituciones; y 2) el principio de respeto a las minorías, de forma que no se prive de su derecho de participar y contribuir en la formación de la voluntad general a ningún ciudadano.²

2. EL ARTÍCULO 23 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL *IUS IN OFFICIUM*

El artículo 23 CE consta de dos apartados. En el primero de ellos establece que “los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por

² GARRORENA MORALES, ÁNGEL: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Véase el epígrafe III del Tema 5, págs. 131-133. Segunda edición, Estudios Constitucionales.

medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”. En su apartado segundo dispone que los ciudadanos tienen, asimismo, “derecho a acceder a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes”.

Los derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos por ellos (derecho de sufragio activo) y a acceder a esos cargos públicos representativos de conformidad con lo dispuesto en las leyes (derecho de sufragio pasivo) comprenden las dos vertientes del principio de representación política consustancial al sistema democrático propio de un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra el apartado 1.1 CE fundado en la soberanía del pueblo español proclamada en el artículo 1.2 CE.

Desde este particular aspecto, los derechos reconocidos en el artículo 23 CE hacen efectivos los valores y principios constitucionales de legitimación democrática del sistema político, el pluralismo político y la formación de una opinión pública libre. Se trata de unos derechos de naturaleza compleja, pues además de su carácter prestacional y de su función de garantía de los institutos que acabamos de mencionar (elecciones libres y periódicas, opinión pública libre) también participa del contenido propio de los derechos de libertad³.

Examinando el desarrollo histórico de este derecho, encontramos su origen en la revolución francesa. En concreto, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, según la cual la ley es la expresión de la voluntad general, reconociendo que “todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente, o por sus representantes, en su formación”. Proclamación esta que será acogida en las constituciones históricas españolas, basadas en una representación política construida sobre el sufragio censitario y la concepción de éste como función pública otorgada y ejercida conforme a prescripciones legales. La Carta de 1837 contiene la primera proclamación histórica del derecho de sufragio pasivo “*todos los*

³ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 14º.

españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según sus méritos y capacidad”, que será copiada literalmente en todas las constituciones españolas, que la siguieron, incluida la de 1931 que varió ligeramente el contenido del texto añadiendo la expresión “sin distinción de sexo”. Sólo la Constitución de 1869 reconocerá explícitamente el derecho de voto en su artículo 16.

Más de un siglo después, este derecho a la participación política se reconocerá en varios documentos internacionales, como la Declaración de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, que consagra el derecho de participación directa o a través de sus representantes libremente elegidos en elecciones periódicas con sufragio universal, así como los apartados a) y d) del art. 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. La formulación empleada en ambas disposiciones “*el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas*” será incorporada casi en sus propios términos a nuestra actual Carta Magna. Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, en su art. 3 del Protocolo Adicional 1º, con una visión más restringida, solo contempla un derecho a elecciones libres con escrutinio secreto para la elección del cuerpo legislativo.

Si bien los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del artículo 23 CE se presuponen mutuamente, pues solo garantizando el derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos representativos, a permanecer en los mismos y a ejercerlos de conformidad con lo que dispongan las leyes se hace real y efectivo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes libremente elegidos por ellos⁴, ello no significa que esta última relación e interdependencia no permita contemplarlos como derechos susceptibles de tratamiento autónomo⁵.

Es el apartado 2 del artículo 23 CE el que garantiza el *ius in officium* objeto del presente trabajo.

⁴ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6º.

⁵ STC 71/1989, de 20 de abril, FJ 2º.

La Constitución reconoce ese derecho a *los ciudadanos*, a los que se lo confiere *uti cives* y no en consideración a ninguna condición particular específica que pueda concurrir en los mismos. No son titulares del derecho de sufragio pasivo los partidos políticos⁶, por más que éstos sean cauces o instrumentos fundamentales para posibilitar su ejercicio. Tampoco lo son los extranjeros residentes en España. Afirmación esta que no queda contradicha por el hecho de que tras la reforma del apartado 2 del artículo 13 CE de 27 de agosto de 1992 pueda otorgarse, por ley o tratado internacional, el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a personas que no poseen la nacionalidad española, pues en tal caso el derecho a ser candidato en las elecciones locales tendrá su origen en normas infraconstitucionales y no en el artículo 23.2 CE.

En el apartado 2 del artículo 23 se reconocen y protegen dos derechos íntimamente conectados entre sí pero claramente diferenciados⁷. Así, por un lado, nos encontramos con el derecho de acceso a “las funciones públicas”, y, por otro, el derecho de acceso a “los cargos públicos”.

El primero de esos derechos tiene por objeto los cargos funcionariales no representativos y está directamente conectado a los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 CE. Se trata de una concreción del principio general de igualdad que otorga a todos los españoles un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y ante la jurisdicción constitucional toda norma o toda aplicación concreta de una norma que cree desigualdades arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad.⁸

Por su parte, el derecho de acceso a los cargos públicos reconocido por el apartado 2 del artículo 23 CE tiene por objeto los cargos políticos que se alcanzan por elección popular y que tienen por tanto naturaleza representativa. Por tratarse de cargos cuya

⁶ STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1º.

⁷ STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6º.

⁸ SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2º, y 67/1989, de 18 de abril, FJ 1º.

naturaleza esencial viene definida por la propia Constitución los requisitos que señalen las leyes para el acceso y desempeño de los mismos solo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza y por ello tanto las normas que los establecen como los actos de aplicación de estas podrán ser impugnados ante el Tribunal Constitucional no solo por la quiebra del principio de igualdad sino por cualquier otro género de inadecuación al Texto constitucional⁹.

Es este derecho de acceso a los cargos públicos de representación política el que sirve de objeto al presente trabajo.

Esos cargos públicos a los que se refiere el precepto constitucional que analizamos son, en primer lugar, los miembros de las Cortes Generales en cuanto representantes del pueblo español ex artículo 66 CE, así como aquellos otros cargos elegidos por sufragio universal de los ciudadanos de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137 CE.¹⁰ Así pues, el artículo 23.2 CE garantiza el derecho de acceso con los requisitos que señalan las leyes a los cargos de diputado y senador, de miembro de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma o de miembro de una Corporación Local, debiendo advertirse que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del precepto aquellos supuestos en que la elección popular es indirecta, como sucede en el caso de los diputados provinciales.

Como el propio inciso final del artículo 23.2 CE señala, el derecho de acceso a los cargos públicos de representación política es un derecho de configuración legal. Ello significa que nos encontramos ante un derecho fundamental que para su ejercicio requiere inexcusablemente de la intervención del legislador, pues sin la regulación del procedimiento electoral y del sistema electoral dicho ejercicio no resulta posible. En la medida en que el derecho de sufragio pasivo se extiende al desempeño del cargo para el que se ha sido elegido de conformidad con lo que dispongan las leyes, la afirmación de que el derecho constitucional consagrado en el artículo 23.2 CE es un

⁹ STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6.

¹⁰ SSTC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4º, y 51/1984, de 25 de abril, FJ 2º.

derecho de configuración legal significa también que las facultades de actuación que las leyes confieren a los representantes políticos de los ciudadanos pasan a integrarse en el estatuto del cargo y del derecho reconocido en ese precepto constitucional. En el caso de los parlamentarios estatales y autonómicos, los Reglamentos parlamentarios, en su condición de normas con rango y valor de ley, son disposiciones aptas para el desarrollo normativo del artículo 23.2 CE. La regulación directa del sufragio activo y del sufragio pasivo, esto es, de las condiciones y requisitos básicos para ser elector y candidato a un cargo de elección popular solo puede efectuarse a través de ley orgánica (artículo 81 CE). Ello no impide que otros aspectos del régimen electoral y sobre todo que la configuración de las facultades que corresponden a los representantes políticos puedan regularse por ley ordinaria o a través de los reglamentos parlamentarios (artículo 53.1 CE). Esas leyes orgánicas y ordinarias y esos reglamentos de las Cámaras legislativas habrán de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE. El desarrollo normativo de ese precepto habrá de ser conforme con los principios y valores constitucionales (principio democrático, pluralismo político, igualdad ante la ley, etc.) y con el Texto constitucional en su conjunto, especialmente con lo dispuesto en su Título II) y habrá de dotar a los representantes del Pueblo de las facultades necesarias para que los cargos que ocupan resulten reconocibles y para que las funciones propias de estos no queden desnaturalizadas. Las limitaciones que la legislación descrita imponga al ejercicio de este derecho constitucional deberán contar con una justificación razonable y resultan proporcionados a las finalidades legítimas que con ellos se persigan.

En la STC 23/1984, de 20 de febrero, el Tribunal Constitucional señala los tres momentos que configuran este derecho: el acceso, la permanencia y el ejercicio del cargo público. Se trata de la triple dimensión objetiva de este derecho que la Constitución menciona literalmente como de *acceso* al cargo público, mediante la elección por sufragio universal. Es decir, la Constitución exige igualdad en el acceso, y por eso se estudian las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la misma, y precisadas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General y en el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero

de 1982 y en el Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994. Este primer momento pone en evidencia la dimensión prestacional de este derecho. En el mismo sentido, la igualdad de los candidatos se tiene que proyectar en el sistema electoral. En relación con ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a propósito de la llamada barrera electoral, considerándola, en su actual configuración, no desproporcionada ni lesiva del derecho fundamental.

Asimismo, el artículo 23.2 CE contiene el derecho de *permanecer* en el cargo. Se trata de un derecho individual del representante elegido, y no de la formación política a la que pertenezca, y significa que no puede ser cesado ilegítimamente del mismo durante el periodo del ejercicio su mandato. En relación con esta cuestión, el Alto Tribunal se ha pronunciado en numerosas sentencias, que comentaremos más adelante, efectuando una interpretación extensiva de la prohibición del mandato imperativo de los cargos públicos representativos.

Por último, el derecho de sufragio pasivo protege el conjunto de facultades que constituyen el *ejercicio* del cargo sin perturbaciones ilegítimas que, junto al derecho de permanecer en el mismo, forman el estatuto del parlamentario. Las funciones del representante son aquellas que materializa la actividad del cargo público para el que ha sido elegido. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos clasificarlas en derecho a la información, derecho de interrogación, derecho a la tramitación de las propuestas, derecho de enmienda además de la facultad de constituir un grupo parlamentario. Todas estas facultades que integran un verdadero *ius in officium*, hacen posible el ejercicio de este derecho a sus titulares e indirectamente a los ciudadanos representados¹¹.

Existe un sector doctrinal que opina que las facultades de los parlamentarios no son auténticos derechos, sino atribuciones que corresponden al cargo en interés de la

¹¹ Sinopsis del artículo 23 CE, de la página web del Congreso de los diputados, elaborada por Raúl Carnosa, Prof. Titular Univ. Complutense. Diciembre 2003. Actualizada por Ángeles González, letrada de las CCGG. Enero 2011. (<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2>) (visto 16/6/2017).

colectividad. Al definir las así, permite una mejor comprensión de la función parlamentaria y resulta más compatible con los límites y condicionamientos que rodean el desempeño de dicha actividad. A diferencia de los derechos fundamentales, las atribuciones tienen un carácter instrumental, ya que no se dirigen a satisfacer los intereses de su titular.¹²

En la misma línea que explicábamos antes, la naturaleza de este derecho, la singularización de la representación como bien jurídico protegido, permite dotar de cobertura lógica a esta triple dimensión del derecho mediante una interpretación teleológica. La garantía constitucional de la relación de representación creada por la elección y dirigida a formar una voluntad estatal lleva a proteger el acceso al cargo, su mantenimiento sin perturbaciones y la posibilidad posterior de ejercer las funciones que le son inherentes.

El estudio, que se realizará a continuación, sobre estos tres puntos que acabamos de enumerar y de explicar brevemente se basará fundamentalmente en la jurisprudencia histórica y reciente del Alto Tribunal. A partir de esta, analizaremos la estructura de estos tres momentos comprendidos en este derecho.

3. EL ACCESO AL CARGO PÚBLICO

Como ya se indicó en el apartado interior, los cargos públicos a los que se refiere el artículo 23.2 CE son los cargos públicos de representación política nacidos de la elección popular. Las SSTC 23/1984 y 51/1984 especifican que estos son los de diputado y senador de las Cortes Generales, así como aquellos otros cargos elegidos por sufragio universal de los ciudadanos de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137 CE (Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias). Se trata de aquellos cargos a cuya elección están llamados el conjunto de los ciudadanos *uti cives* y no en función de su pertenencia

¹² BIGLINO CAMPOS, PALOMA. Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales? *Revista de las Cortes Generales*. Madrid, septiembre-diciembre 1993, nº 30. Pág. 53-100.

a un colectivo singular. En aplicación de estos criterios, el Alto Tribunal ha descartado expresamente que se encuentre protegido por el derecho fundamental reconocido en el apartado 23.2 CE la elección de miembro de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados (STC 23/1984), de miembros del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros (STC 18/1984, de 7 de febrero), de director o secretario de un Centro Escolar Público (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, y 80/1994, de 14 de marzo), de representante del personal al servicio de la Administración Pública (STC 149/1988, de 14 de julio), o de miembro de la Junta de Gobierno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (STC 212/1993, de 28 de junio).

Es conveniente recordar que este momento del derecho de participación política es el principal, pues, es el que reconoce explícitamente la Constitución como la esencia del mismo, y del que se deriva el deber del partido político, al que pertenece el individuo, a que permanezca éste en el cargo representativo y el ejercicio de los correspondiente derechos funcionales que componen el *ius in officium*.

La Norma Suprema (art. 23.2) afirma que este derecho de acceso es libre, igualitario entre todos y con los requisitos establecidos en las leyes. Estas tres manifestaciones que no dejan de ser deberes constitucionales y, a su vez, ingredientes de un difícil guiso cuya mezcla requerirá de cierto arte ¿Basta con la mera libertad de cada ciudadano para la elección sin obstáculos injustificables: una igualdad formal, de trato normativo o ante la ley? ¿Es preciso asegurarse que todos los candidatos tengan una igualdad real o de resultados? ¿Si el acceso debe hacerse con los requisitos que las leyes prescriban, es menester revisar que tales requisitos se satisfagan y enjuiciar las tachas de irregularidades en la elección que se esgriman: un juicio de adecuación a Derecho de la concurrencia electoral? ¹³

En definitiva, las normas que regulan el acceso tienen que basarse en la elección por la naturaleza participativa y democrática del derecho, y por tratarse de una manifestación de la soberanía ciudadana.

¹³ GARCIA ROCA, Javier: *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, 11, pp. 190 y 191.

En todo caso, el derecho de acceso a estos cargos representativos está indisociablemente unido a la existencia de elecciones libres, periódicas y por sufragio universal. Sistema electoral y participación política son así el marco necesario para hacer posible el ejercicio de los derechos de sufragio reconocidos en el artículo 23 CE. Sistema electoral que ha de ser apto para traducir votos por escaños, pero que también debe atender a otros imperativos constitucionales, como son la imprescindible articulación territorial del voto, la funcionalidad de los cometidos atribuidos al órgano cuyos miembros se eligen o aquellos otros que resultan del reconocimiento constitucional de los partidos políticos (artículo 6 CE) y del valor del pluralismo político (artículo 1.1 CE). Todo ello explica el muy amplio margen de libertad normativa que debe concederse al legislador de cada sistema electoral (estatal o autonómico) que, en cierto modo también opera como legislador de los derechos de sufragio, aunque la regulación de los aspectos fundamentales de estos últimos estén reservados por la Constitución al legislador orgánico ex artículo 81.1 CE.¹⁴

3.1. SUFRAGIO PASIVO. CAPACIDAD ELECTORAL Y CAUSAS DE INELEGIBILIDAD.

Atendiendo al derecho de sufragio pasivo, la Ley Orgánica 5/1985, 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG) en su artículo 6 establece los requisitos para ser elegido y, por lo tanto, la posibilidad de acceder al cargo.

“Son elegibles los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad”.

La mayoría de edad se alcanza a los 18 años, como afirma el art. 12 de la CE, y supone tener capacidad de obrar plena. Por otro lado, se exige tener la cualidad de elector que viene regulada en los arts. 2 y 3 de la LOREG:

- a) *inscripción en el censo electoral vigente* o acreditar de modo fehaciente que se

¹⁴ STC 225/1998, de 23 noviembre, FJ 4º

cumplen las condiciones exigibles para ello (art. 7.2).

- b) no estar *condenados* por Sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.
- c) no haber sido declarado *incapaz* por Sentencia judicial firme en la que se declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
- d) no estar *internado* en un hospital psiquiátrico en virtud de autorización judicial, siempre que expresamente se declare la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
- e) no estar incurso en ninguna causa de inelegibilidad de las establecidas en el art. 6 LOREG.

La elegibilidad de los cargos de representación política al formar parte del derecho reconocido en el art. 23.2, goza de la protección procesal constitucional que establece el 53.2, ambos de la Constitución Española y, por tanto, puede hacerse valer por la vía del art. 43 o por la del art. 44, los dos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), según el poder público del que proceda la que se reputa lesión a tal derecho. La elegibilidad de los cargos públicos -en los términos que dice el art. 23.2 citado-, o lo que se ha llamado derecho electoral pasivo, es así un derecho de los ciudadanos en los que concurran los requisitos de capacidad y no estén incurso en causa de inelegibilidad¹⁵.

Las causas de inelegibilidad, que son numerosas, delimitan negativamente el derecho de sufragio pasivo y pueden ser clasificadas así:

- a) El apdo. 1 del art. 6 LOREG declara inelegible a algunos *miembros de la Familia Real y a altos cargos y empleos públicos*.
- b) Se veda la elección de los *condenados* por Sentencia judicial firme a pena privativa de libertad (apdo. 2) y, aunque no sea firme, por delitos de rebelión,

¹⁵ STC 45/1983, 25 de mayo. FJ 1º.

terrorismo, contra la Administración Pública o contra Instituciones del Estado cuando se haya establecido pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o para empleo o cargo público.

- c) Así como se declaran inelegibles en la circunscripción donde ejercen su jurisdicción *ciertos cargos y funcionarios públicos* (apdo. 3).

Por su parte el artículo 7 LOREG añade que la calificación de inelegible procede el día de presentación de la candidatura o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones. En el apdo. 3º se establece la necesidad de que los Magistrados, Jueces y Fiscales junto con los militares profesionales y miembros y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policías que deseen presentarse deberán solicitar el pase a la situación administrativa que corresponda.

Cuando se habla de la inelegibilidad de un candidato y, con mayor razón cuando esa inelegibilidad tiene su origen en una incapacidad electoral activa (art. 6.1 en relación con los arts. 2 y 3 LOREG), está en juego el derecho fundamental del elector, cuyo derecho de sufragio activo sí que se protege en el art. 23.1, ahora bien, en los términos en que la LOREG lo configura y regula su ejercicio. Y esa ley establece que ese derecho constitucional a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos no lo es para elegir candidatos declarados inelegibles. La falta de capacidad jurídica para ser elegible no debe confundirse con el instituto jurídico de la inelegibilidad; aunque tan sólo sea por la circunstancia de que el citado art. 6.1 distingue ambas categorías cuando dispone que para ser elegible, además de poseer la cualidad de elector, no ha de estar incurso en una de las causas de inelegibilidad que enumera a continuación el precepto. Sea dicho esto, no todas las causas que impiden a un candidato electoral salir elegido como representante, son del citado art. 6.1, sino deben sumarse aquellas que proceden de normas con rango legal o de los Estatutos de Autonomía en caso de elecciones autonómicas. Razón por la que, en estos casos, el sujeto incurso en alguna de estas causas sólo vería lesionado su derecho fundamental a acceder a los cargos públicos representativos si se le aplican infringiendo el principio de igualdad o en contra de lo dispuesto en el precepto legal

pertinente.¹⁶

Junto a las causas generales de elegibilidad y comunes para todo tipo de sufragio universal, se reconocen en la LOREG unas específicas: el art. 154 para los Diputados y Senadores; el art. 177 para las elecciones municipales; el art. 202 para Diputados provinciales; y el art. 210 bis para los diputados europeos.

3.2. PRESENTACION Y PROCLAMACION DE CANDIDATURAS. LA VIA DE AMPARO DEL ARTÍCULO 49.3 LOREG.

La Ley Orgánica 5/1985 prevé un recurso judicial único ante los juzgados contenciosos-administrativos contra la denegación de la proclamación de candidaturas o la exclusión de candidatos, procedentes de los acuerdos de las Juntas Electorales. La Ley 29/1998 reguladora de esa jurisdicción mejora la eficacia de estos órganos unipersonales, dejándose de acudir a los Tribunales Superiores de Justicia de dicho orden para resolver estos recursos.

El art. 47 de la LOREG obliga a presentar las candidaturas en el vigésimo segundo día posterior a la convocatoria de elecciones. A los dos días las Juntas comunicaran de oficio o a instancia de cualquier otro representante los defectos apreciados, que deberán ser rectificadas en menos de 48 horas. Dice el apartado primero del art. 48 que sólo durante este periodo las candidaturas podrán ser objeto de modificación. Finalmente, las Juntas electorales proclamarán a los candidatos el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria de elecciones, y al día siguiente las publicarán en la forma establecidas en las leyes especiales.

El art. 49 LOREG establece un plazo de dos días siguientes a la publicación de esta proclamación para presentar un recurso contra las candidaturas denegadas o excluidas, “sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquel o aquellos que hubieren sido excluidos” matiza el apartado segundo.

¹⁶ STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 4º.

Finalmente, la resolución judicial del órgano contencioso deberá resolver el recurso a los dos días de su interposición y tendrá carácter firme e inapelable. Sin embargo, el apartado tercero del precepto deja abierta una vía de amparo ante el TC, cuando afirma “sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional” y a continuación dice que con el recurso anterior se entenderá cumplido el requisito [art. 44.1.a) LOTC] de haber agotado todos los medios de impugnación anteriores.

El Acuerdo del 20 de enero de 2000 del Pleno del Alto Tribunal elaboró un documento que viene a desarrollar el apartado 3 del art. 49 (LOREG). Las líneas fundamentales en las que se basó son:

- El derecho fundamental que se lleve al amparo ha de haber sido el objeto del recurso contencioso interpuesto con anterioridad.
- El órgano judicial que reciba el amparo, el tribunal ad quo, debe trasladar inmediatamente al tribunal ad quem (TC) la demanda y los documentos que se hayan presentado por el demandante de amparo, así como el acuerdo de las Juntas Electorales.
- Simultáneamente se da traslado de la demanda a las partes intervinientes en el proceso previo.
- La demanda ha de ser, previamente, vista por el Ministerio Fiscal en el mismo momento de su recepción al TC, otorgándole un día de plazo para efectuar alegaciones.
- Por el Tribunal Constitucional dictara sentencia en 3 días.
- Los plazos legales se entenderán formulados en días naturales.

GARCÍA ROCA analiza dos circunstancias que merece la pena resaltar. Primero, que las sentencias dictadas por los órganos contencioso-administrativos lo son en única instancia y no cabe recurso alguno de apelación, ni para resolver o revisar hechos o material probatorio ni una casación o recurso para unificar doctrina, encaminado a la interpretación de la legalidad efectuada por una pluralidad de órganos. Por eso,

continua GARCIA ROCA, ha ocurrido que en ocasiones hayan surgido en una misma convocatoria de elecciones electorales resoluciones de órganos judiciales distintos con contenidos también distintos a la hora de interpretar los requisitos necesarios para la proclamación de candidaturas. Y cuando se presentan demandas de amparo, el Tribunal Constitucional se encuentra con contenidos dispares procedentes de dichas resoluciones, debiendo armonizar dichos pronunciamientos, a pesar de que la vía del amparo no es un recurso para la unificación de doctrina, ni el art. 23.2 CE da cobertura a la interpretación de la legalidad electoral.

En segundo lugar, las sentencias constitucionales dictadas como consecuencia de utilizar el recurso del art. 49 son resoluciones urgentes y sumarias, es decir, el proceso es de cognición limitada y reducida al enjuiciamiento de la composición en tiempo y forma de las candidaturas.

El Alto Tribunal ha venido afirmando respecto de la naturaleza del recurso constitucional de amparo que sólo cabe contra los actos del poder que violen los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de la Constitución [Constitución Española, art. 161 b)]. La Ley ha de precisar en qué casos y con arreglo a qué formas será posible acudir a él, pero no extenderlo a objetos y finalidades distintas de la señalada. Es por ello evidente que la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, al prever una modalidad específica del recurso de amparo contra actos atinentes a la proclamación de candidaturas electorales, no ha alterado ni podía alterar la naturaleza de un recurso que, como se dice antes, no es disponible para el legislador¹⁷.

Procede ahora analizar muy brevemente, porque no nos queremos desviar por completo hacia la materia electoral, algunas de las irregularidades apreciadas por el Tribunal Constitucional.

- Irregularidades internas a un partido.

¹⁷ STC 71/1986, de 31 de mayo, FJ 2º, *ab initio*.

La línea jurisprudencial no admite el enjuiciamiento de estas irregularidades en amparo, pues son anteriores al proceso electoral. Como se afirma en la resolución del Tribunal, la regularidad estatutaria en el procedimiento de nombramiento de un representante general no es algo que deba ventilarse en el contexto de las impugnaciones sobre proclamación de candidaturas previstas por el art. 49 de la LOREG. El objeto de tales impugnaciones sobre la proclamación de las candidaturas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo constituyen los defectos o irregularidades que presenten dichas candidaturas y no puede aceptarse que su ámbito se extienda a cualquier irregularidad ajena a la propia composición y presentación en tiempo y forma legales de las mismas¹⁸.

El acto de presentación de las candidaturas no es más que el inicio de un proceso que culmina con la proclamación de los candidatos por la Junta Electoral correspondiente. Por lo tanto, hasta la publicación de las candidaturas no se puede hablar de candidatos electorales reconocidos por la Administración electoral.

- Irregularidades subsanables.
 - a) La ausencia de suplentes.

En la STC 86/1987 se admitió como corregible la ausencia de suplentes que hacía la candidatura incompleta, siendo esta cuestión revisable ante el TC. En el recurso que dio origen a la citada sentencia no se objeta la exclusión efectuada por la Junta Electoral de Zona del tercer suplente de la lista del Partido para las elecciones locales en la localidad, sino la no proclamación de la candidatura que, debido a dicha exclusión, había quedado incompleta. De esta manera el objeto del recurso interpuesto por el Partido de Zamora sería obtener el reconocimiento de que su candidatura de la citada localidad debe ser proclamada pese a carecer de un

¹⁸ STC 68/1987, de 21 de mayo. FJ 2º.

suplente que había sido excluido. La decisión contraria de la Junta Electoral de Zona de Benavente y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid que la ratificó habrían vulnerado el principio de igualdad, puesto que en numerosas localidades se han admitido por las Juntas Electorales competentes candidaturas incompletas, así como el art. 23 de la Constitución por cuanto a la candidatura excluida no se le permite acceder a la posibilidad de ocupar cargos públicos en las mismas condiciones que a otras candidaturas en las que concurren idénticas circunstancias... (FJ 1º). En cuanto al criterio mantenido al respecto por la Junta Electoral Central, que se alegaba por el recurrente, consistente en considerar la ausencia de suplentes como una irregularidad subsanable en el trámite previsto en el art. 47.2 de la Ley Electoral... (FJ 2º).”

- b) Rectificación del nombramiento de un Administrador electoral al tiempo de ser candidato.

En la STC 76/1987 se corrigió el nombramiento de un administrador electoral, al mismo tiempo candidato, a cambio de no quedar incurso en la prohibición tipificada en el art. 123.3 de la LOREG.

- c) Carga de aportar certificados de inscripción en el censo.

En la sentencia citada anteriormente (STC 86/1987), admite la subsanación de la aportación de la inscripción en el censo y del certificado de antecedentes penales requerido.

- Imposibilidad de modificación de candidaturas.

Se ha sostenido que el trámite para subsanar defectos de las candidaturas previsto en el art. 47.2 LOREG, no puede ser aprovechado para modificar las mismas. Esta interpretación ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “El repetido art. 48.1 LOREG prohíbe que las

candidaturas puedan ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades previsto en el art. 47 y sólo por fallecimiento o renuncia del titular «o como consecuencia del propio trámite de subsanación». A su vez, el apartado 2 del art. 47 determina que las Juntas Electorales, dos días después de la publicación de las candidaturas presentadas, han de comunicar a los representantes de las mismas «las irregularidades apreciadas en ellas de oficio o denunciadas por otros representantes», siendo el plazo para subsanación de cuarenta y ocho horas. Naturalmente, nada impide que sean los propios representantes de las candidaturas presentadas los que, apreciando por su cuenta la existencia en ellas de tales irregularidades, procedan a su subsanación antes de la comunicación referida o, en defecto de ella, dentro del plazo de que disponen las Juntas para efectuar dicha comunicación¹⁹”.

En el presente caso, se intentó que un candidato fuera incluido en el puesto número 6 de la lista, desplazando al resto de candidatos y, al último, al puesto de suplente. Pretensión que fue aceptada por la Junta Electoral correspondiente, pero que finalmente fue desestimado en el procedimiento contencioso electoral declarando la inexistencia de error. A este respecto, la resolución del TC aclara el concepto de irregularidad diciendo:

“...la modificación de las candidaturas presentadas puede producirse como consecuencia del propio trámite de subsanación de irregularidades, es el concepto mismo de irregularidad el que se ha de precisar (...), parece indiscutible que las irregularidades que la LOREG menciona, y respecto de las cuales arbitra un trámite de subsanación, consisten en incumplimientos de los requisitos legales establecidos para la presentación de candidaturas. Estos incumplimientos pueden deberse, ciertamente, a los errores sufridos por

¹⁹ STC 104/1991, de 13 de mayo, FJ 3º.

quienes presentan las listas de candidatos, pero ello no altera la vinculación legal entre irregularidad e incumplimiento.”

En suma, toda irregularidad, sea cual fuere su origen, es un incumplimiento.

3.3. DIMENSIÓN PRESTACIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La campaña electoral, tiempo anterior a las elecciones cuando se accede al cargo público, en los términos del art. 50.4 LOREG es el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones o coaliciones dirigidas a la captación de sufragios, a diferencia de la campaña institucional que, como afirma el apartado primero del citado precepto, está dirigida a que los poderes públicos informen a los ciudadanos sobre la fecha, el procedimiento para votar, y el trámite del voto por correo pero en ningún caso influirán en la orientación del voto de los particulares.

Pablo Santolaya²⁰ destaca tres elementos de esta definición legal de campaña electoral:

- Uno *finalista*. Tiene como principal objetivo la captación de sufragios.
- Uno *subjetivo*. Una serie de actividades realizadas por sujetos electorales.
- El ultimo consistente en los *límites temporales*. Según el art. 51, se inicia el trigésimo octavo día posterior a la convocatoria de las elecciones hasta las cero horas del día inmediatamente anterior a la convocatoria de las mismas, es decir dura quince días.

Durante el tiempo anterior a la votación, aquellos sujetos pueden gozar de los derechos y ventajas que las leyes electorales les atribuyen. Con ellas se trata de garantizar la igualdad real en las condiciones de acceso al cargo públicos. Es, por ello, una característica que evidencia la condición del Estado Democrático como Estado de Partidos.

²⁰ GARCIA ROCA, Javier: *ob. cit.*, pp. 215.

Las ventajas que se desprenden durante este periodo, son:

- 1) La reserva de lugares especiales, públicos y gratuitos por los Ayuntamientos para colocar carteles y, en su caso, pancartas y carteles colgados a postes (art. 55 LOREG). Así como, dice el art. 56.1 LOREG, celebrar actos de campaña electoral en los emplazamientos disponibles en los municipios, de forma que todas las candidaturas dispongan de igual superficie y análoga utilidad de dichos lugares.
- 2) La utilización de los medios de comunicación de titularidad pública (art. 60.2 LOREG), así como la fijación de “tarifas especiales para los envíos postales de propaganda electoral” (art. 59 LOREG) a las que tienen el derecho de acogerse las formaciones políticas que concurren a las elecciones.
- 3) Finalmente, existen una serie de mecanismos garantes de la neutralidad informativa de los medios de comunicación social en su seguimiento del proceso electoral. Al servicio de ella, la LOREG recoge los siguientes mecanismos.
 - a. Un recurso frente a las decisiones de los medios de comunicación social ante la Junta Electoral competente (art. 66 LOREG).
 - b. El derecho a ejercer la rectificación (art. 68 LOREG) de cualquier dato divulgado por un medio de comunicación social inexacto que haya producido un perjuicio en contra de un candidato, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 2/1984.

Finalmente, quiero hacer referencia al doble sentido que tiene el concepto de igualdad en las ventajas mencionadas en los párrafos anteriores. La igualdad formal o de trato normativo en la distribución de espacios y lugares gratuitos para colocar carteles, es decir atiende al criterio legal de reparto a los distintos candidatos, partidos, federaciones o coaliciones. Y, en segundo lugar, la igualdad en el sentido de

proporcionalidad en la distribución de espacios gratuitos en los medios de titularidad pública a los candidatos, partidos, etc. atiende a la distribución de escaños que obtuvieron los mismos en las elecciones anteriores que responde a una lógica fundada en criterios de proporcionalidad y representación.

3.4. GARANTÍAS JURISDICCIONALES DEL PROCESO ELECTORAL

El control de la validez de las elecciones es un tema que reviste especial interés en nuestro Estado Constitucional porque afecta al principio democrático base del mismo, y al derecho fundamental del art. 23.2 CE de participación política, que incide directamente en el acceso a los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad con los requisitos que señalen las leyes.

Según el art. 70.2 de la Constitución: “la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral”. Por lo tanto, establece un modelo plenamente judicializado del control de las elecciones a Cortes sin que quepa ninguna interferencia de las Cámaras. Posteriormente, la ley electoral lo extenderá a toda clase de elecciones.

El origen de este control no es muy remoto, ya que se encuentra en el Real Decreto-Ley 20/77, de 18 de marzo, sobre normas electorales. En el mismo se opta por atribuir la gestión electoral a unos órganos que, por su naturaleza y funciones, se definen como administración. Ante la precariedad de antecedentes y el hecho de que en aquellos momentos ni tan siquiera se tenía clara la posibilidad de instaurar un órgano de justicia constitucional, la solución no podía ser más que una: adaptar el sistema ya establecido para el control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública. De esta forma se aplicaron a la materia electoral el sistema de recursos que se sustancian ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El control jurisdiccional de la validez de las elecciones fue posteriormente introducido en la norma constitucional, aunque fue objeto de polémica. En efecto, frente a su recepción en el anteproyecto se presentaron varias enmiendas que proponían unitariamente la adopción del sistema existente en la República Federal Alemana. Sometidas a votación, las enmiendas

fueron rechazadas por mayoría.²¹

El art. 70.2 CE atribuye las facultades necesarias para controlar la actividad contenciosa electoral, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa concretándose dicho control en el art. 113.2 LOREG donde se presenten los posibles pronunciamientos que pueden contener una sentencia de la sala de dicho orden. Además en el apartado d) se prevé que la sentencia podrá declarar la nulidad de las elecciones celebradas y la necesidad de efectuar una convocatoria en la circunscripción correspondiente. Como afirma el mismo Tribunal Constitucional, la Sala de lo Contencioso-Administrativo debe procurar, en primer término, averiguar con todos los medios probatorios a su alcance la realidad de lo ocurrido en las Mesas en las que se hayan denunciado irregularidades, al objeto de poder determinar con un razonable margen de seguridad el sentido de los votos correspondientes a las mismas²².

No obstante lo dicho, se podrá acudir en amparo al TC siempre que se vulnere el derecho fundamental de participación política o cualquier otro en amparo. Aun así, es conveniente insistir en que la función de control de la validez y regularidad de las actas y acuerdos de proclamación de electos corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria. En esta línea, el órgano de justicia constitucional al hablar del art. 70.2 CE, señala que ni este precepto constitucional, ni ningún otro, excluye la revisión que puede realizar este Tribunal a través del recurso de amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución para ofrecer a los derechos fundamentales susceptibles del mismo la protección exigible para su plena efectividad²³. Y es que, como declaró el TC en una de sus primeras sentencias, nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal.

²¹BIGLINO CAMPOS, Paloma: “La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10 Núm. 29 mayo-Agosto 199, p. 296.

²² STC 131/1990, de 16 de julio. FJ 6º *ab initio*.

²³ STC 27/1990, de 22 de febrero, FJ 3º.

En la misma sentencia citada antes (STC 131/1991), el recurrente de amparo reivindica la vulneración del 24.1 CE afirmando que la resolución de la jurisdicción ordinaria ha incurrido en error notorio al anular los resultados del acta de la localidad correspondiente y le ha privado con ello de los 76 votos obtenidos en la misma. El Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 4º) declaró que la negativa a aplicarle los votos al candidato correspondiente era una cuestión que se centraba más en la vulneración del art. 23.2, pues con ello e daba prevalencia a la concepción de los principios dispositivo y de congruencia del procedimiento contencioso electoral en perjuicio de la voluntad expresada por los ciudadanos y del derecho del propio candidato.

Por lo tanto, esa intervención en amparo que lleva a cabo el Alto Tribunal ha de ser no sólo subsidiaria, si no de cognición limitada. Y en consecuencia, el autocontrol de la jurisdicción constitucional debería fijarse estos límites²⁴:

- No debe caber la revisión de los hechos, es decir una búsqueda de la verdad material de lo ocurrido en las Mesas, o adentrarse en extremos propios del escrutinio que sólo puede efectuar el Tribunal contencioso electoral. Remisión al mandato legal del Tribunal Constitucional de juzgar exclusivamente vulneraciones de derechos fundamentales, arts. 43.1 y 44.1.b) LOTC.
- El enjuiciamiento constitucional tampoco puede basarse en una labor de interpretación de las normas electorales. Sólo respetando estos límites, puede asegurarse una verdadera separación de competencia entre la jurisdicción constitucional y ordinaria.

De la interpretación realizada en este epígrafe, podemos deducir que la valoración de los hechos y la consiguiente aplicación de la norma jurídica a estos que realiza el órgano jurisdiccional ordinario, es sometido al “control” del Alto Tribunal para comprobar que estas actuaciones son constitucionalmente válidas y, por lo tanto, no

²⁴ GARCIA ROCA, Javier: *ob. cit.*, p. 225.

vulneran el derecho de participación política. En efecto, en la práctica jurisprudencial se ha producido una superposición de jurisdicciones, al tener ese carácter revisable por el TC las resoluciones de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por eso, en palabras de BIGLINO CAMPOS²⁵, algunos sectores doctrinales han promovido la reforma de la LO 5/85 para evitar esa situación y, a su vez, han propuesto atribuir en esta materia, junto a las Salas de los Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia, competencias al Tribunal Supremo, como ya se hacía en el RDL 20/77 mencionado. De este modo, quedaría vinculado a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de unificar la doctrina en esta materia, pero no se descarta que cuando se vulnere un derecho fundamental pueda procederse a su restitución mediante el amparo del art. 53.2 de la Constitución.

3.5. EL JURAMENTO O PROMESA DEL CARGO

La obligación de los cargos públicos representativos de prestar juramento o promesa de acatar la Constitución para acceder a las funciones para las que fueron elegidos los ciudadanos no crea por sí misma una obligación nueva, y se limita a ser un requisito formal que condiciona la posibilidad del ejercicio del cargo en plenitud de disfrute de prerrogativas y funciones.

Los Reglamentos parlamentarios incluyen dentro de su articulado los requisitos que hacen eficaz el juramento o promesa de acatar la Constitución por los diputados y senadores. En cuanto a los primeros, el art. 20.1 del RCD, de 10 de febrero de 1982, obliga al cumplimiento de los siguientes presupuestos: la presentación de la credencial expedida por la Administración Electoral, la declaración de actividades a efectos del examen de incompatibilidades, y la prestación del juramento o promesa de acatar la Constitución Española. En el último apartado del precepto reglamentario se señala que si durante las tres primeras sesiones no se ha adquirido tal condición, conforme a los presupuestos señalados antes, no serán efectivos los derechos y prerrogativas propias de un diputado. En esta línea también los diputados de las Asambleas legislativas de la CC.AA. deben de acatar la Constitución según sus respectivos

²⁵ BIGLINO CAMPOS, Paloma: *ob. cit.*, p. 298.

Reglamentos.

Por lo que se refiere a los Senadores, el art. 12 del texto refundido del RS, de 3 de mayo de 1994, enumera dos requisitos para adquirir tal condición: en primer lugar, la entrega de la referida credencial dentro de los 30 días siguientes desde su expedición por la Junta Electoral Provincial o por la Comunidad Autónoma, y prestar juramento o promesa de acatar la Constitución Española. Hasta que no se haya perfeccionado su condición de senador, no devengará los derechos económicos ni podrá participar en el ejercicio de las funciones constitucionales de la Cámara. Sin embargo, a diferencia del Congreso de los Diputados, el art. 11.3 del RS establece una fórmula concreta para la prestación de este juramento o promesa. Así, el Presidente de la Cámara utilizará literalmente la siguiente fórmula: “¿Juráis o prometéis acatar la Constitución?”. A continuación los Senadores se acercarán sucesivamente ante la Presidencia para hacer la declaración, contestando “sí, juro” o “sí, prometo”.

En la STC 74/1991, de 8 de abril, juega un importante papel el excesivo formalismo al prestar juramento, al no dar por válida la Presidencia del Senado la promesa de acatamiento de la Constitución, por antepuesto el senador electo la expresión “por imperativo legal”. Entonces el Tribunal reflexiona que, cumplida la fórmula reglamentaria, el agregar a la misma la mencionada expresión en el momento mismo de prestar juramento o promesa de acatamiento, debe necesariamente ser entendido como un acatamiento, o sea, como una respuesta afirmativa a la pregunta formulada por el Presidente de la Cámara. Los propios recurrentes afirman en su demanda que han cumplido la obligación que se les imponía en cuanto que han prestado promesa de acatar la Constitución en los términos solemnes que el Reglamento de la Cámara exigía que no implica una condición, reserva o limitación.

Por lo tanto, continua el Constitucional, el añadido inicial a la fórmula de acatamiento no tiene así relevancia suficiente para vaciar de contenido el compromiso que adquirieron los recurrentes de respeto a la Constitución y de sujeción al modelo democrático que la misma representa. En el presente caso ha faltado el necesario entendimiento finalista de la promesa de acatamiento que debe presidir siempre la

interpretación por los órganos de gobierno de la Cámara de los preceptos que regulan el juramento o promesa a prestar por los integrantes de la misma, interpretación flexible que en modo alguno supone la desigualdad, arbitrariedad o inseguridad jurídica que sostiene la representación del Senado, sino antes bien, con respeto de esa seguridad, igualdad y no arbitrariedad, una interpretación integradora del precepto a la luz de los valores y principios constitucionales.²⁶ Con todo lo dicho, se entiende que la resolución impugnada vulnera el derecho fundamental del 23.2 de los Senadores a ejercer su cargo público, junto con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del art. 23.1.

Todos los cargos públicos representativos tiene este deber positivo de acatar la Constitución, entendido como requisito formal y necesario para adquirir tal condición. El art. 108.8 de la LOREG exige que en el momento de tomar posesión y para adquirir la plena condición de sus cargos, los candidatos electos deben de prometer o jurar acatamiento a nuestra Carta Magna. De esto se desprende que también los concejales y diputados provinciales tienen el mismo deber que el resto de cargos elegidos para representar a la ciudadanía.

4. LA PERMANENCIA EN EL CARGO PÚBLICO

4.1. LAS INCOMPATIBILIDADES

El art. 70.1 C.E. contiene efectivamente una reserva en favor de la Ley Electoral para la regulación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, a la vez que establece un elenco de causas que constituye ciertamente un contenido necesario del régimen jurídico de esas inelegibilidades e incompatibilidades. Al disponer este artículo que la Ley Electoral determinará las causas de incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso, las relacionadas en dicho precepto, no está simplemente dotando a esa Ley de un contenido mínimo preceptivo (...) está diciendo que esa materia sólo puede ser

²⁶ STC 74/1991, de 8 de abril. FJ 6º.

regulada en la Ley Electoral.²⁷ Las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad. El apartado 4 del art. 6 establece además que, “en todo caso serán incompatibles las personas electas en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme, así como los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas vinculadas a un partido ilegalizado por resolución judicial firme. La incompatibilidad surtirá efecto en el plazo de quince días naturales, desde que la Administración Electoral permanente comunique al interesado la causa de incompatibilidad, salvo que éste formule, voluntariamente, ante dicha Administración una declaración expresa e indubitada de separación y rechazo respecto de las causas determinantes de la declaración de ilegalidad del partido político o del partido integrante de la federación o coalición en cuya candidatura hubiese resultado electo; o, en su caso, del partido al que se hubiera declarado vinculada la agrupación de electores en cuya candidatura hubiere resultado electo.”

En la legislación electoral anterior a la actual Ley Orgánica 5/1985, entre las causas de incompatibilidad de los Diputados y Senadores de las Cortes Generales no figuraba la condición de funcionario público, aunque la Ley 30/1984 determina la incompatibilidad del mandato de los Diputados y Senadores con el ejercicio de la función pública. El cuestionado art. 29.2 f) de la citada disposición no sólo no es inconstitucional en su enunciado, que tiene por objeto la regulación de una materia distinta de la que el art. 70.1 C.E. reserva a la Ley Electoral, sino que además existe una correlación entre el citado precepto y la Ley Electoral en cuanto ésta determina a partir de cierto momento la incompatibilidad del mandato de los Diputados y Senadores con el ejercicio de la función pública, y aquél prevé la situación de servicios especiales para los funcionarios públicos que adquieran tal condición.²⁸

4.2. LAS PRERROGATIVAS PARLAMENTARIAS

La inviolabilidad e inmunidad encuentran su fundamento en el objetivo común de

²⁷ STC 72/1984, de 14 de junio, FJ 3º.

²⁸ STC 19/1991, de 31 de enero, FJ 4º.

garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria, y en tal sentido son complementarias. Al servicio de este objetivo se confieren los privilegios, porque no son en ningún sentido derechos personales de los representantes populares, si no “derechos reflejos” de la condición de parlamentario, es decir, aquellos que sólo se manifiestan en cuanto son condición de la posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución parlamentaria.²⁹ Precisamente porque son inherentes a esta condición, el Alto Tribunal las vincula directamente al apartado 2 del art. 23 CE. Por consiguiente, en palabras del TC, podemos decir que estas atribuciones forman parte del status propio del *ius in officium*, y es por ello que se reconocen dentro del contenido del derecho de participación política de los ciudadanos.

En términos generales, estas dos prerrogativas inciden negativamente en el ámbito procesal del art. 24.1 porque la inviolabilidad impide la apertura de procedimientos que tengan por objeto exigir la responsabilidad de los parlamentarios por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones y porque la inmunidad somete a distintos procedimientos judiciales al requisito de la previa autorización de las Cámaras (suplicatorio) como presupuesto de procedibilidad.

Como garantías vinculadas a la satisfacción del interés institucional y permanente del ordenamiento, son *ius cogens* y, por lo tanto, indisponibles para los titulares de estas. Asimismo son imprescriptibles e irrenunciables³⁰. Es decir, una eventual renuncia a los mismos del cargo carecería de toda eficacia jurídica.

Por último, en el mismo sentido que hemos comentado que la inviolabilidad e inmunidad inciden negativamente sobre la esfera procesal, estas garantías han de ser objeto de una interpretación estricta y vinculada a los supuestos expresados en la Constitución. Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros (en este caso los reconocidos por el art. 24.1 de la Constitución)³¹.

²⁹ STC 243/1988, de 19 de diciembre. FJ 3º, A.

³⁰ STC 22/1997, de 11 de febrero. FJ 5º *in fine*.

³¹ STC 51/1985, de 10 de abril. FJ 6º.

a. La inviolabilidad parlamentaria.

El Tribunal Constitucional ha configurado la inviolabilidad del art. 71.1 de la CE como un privilegio de naturaleza sustantiva, sin decaer con la extinción del mandato parlamentario, que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, entendiendo por tales opiniones, aquellas que realicen en actos parlamentarios y en el seno de la actividad de las Cortes Generales o, por excepción, en actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario.³²

Por ello, continua el Tribunal expresando que la finalidad específica del privilegio consiste en asegurar, a través de la libertad de expresión de los parlamentarios - garantía de la “freedom of speech” STC 51/1985, FJ 5º- la libre formación de la voluntad del órgano legislativo al que pertenezcan.

Delimitado el ámbito material, nos preguntamos hasta donde llega esta prerrogativa, es decir ¿cuál es la extensión jurídica que la CE y los Reglamentos confieren a los titulares de esta garantía? De la jurisprudencia de este órgano podemos deducir, el nexo de conexión entre la inviolabilidad y el ejercicio de las funciones inherentes a la condición de parlamentario, esto es, con aquellas que son propias del Diputado o Senador en tanto que son miembros del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a través de esta garantía individual. El Diputado o Senador ejercitaría, pues, sus funciones sólo en la medida en que participase en actos parlamentarios y en el seno de cualesquiera de las articulaciones orgánicas de las Cortes Generales³³.

b. La inmunidad parlamentaria.

³² STC 243/1988, de 19 de diciembre. FJ 3º, A.

³³ STC 51/1985, de 10 de abril. FJ 6º.

La inmunidad, en cambio, es una prerrogativa institucional de naturaleza formal que protege la libertad personal de los representantes parlamentarios, durante el periodo de su mandato, contra las detenciones y los procesos judiciales que pueden desembocar en una privación de su libertad evitando, así, que dejen de asistir a las reuniones de trabajo de la Cámara a la que pertenecen y que se altere el funcionamiento de la misma. Se trata de una prerrogativa limitada exclusivamente al proceso penal³⁴. Sin embargo, es conveniente recordar -al igual que ha hecho el Tribunal en varias sentencias- que no es un privilegio personal, porque su finalidad es la de proteger el ejercicio de las funciones propias del cargo público. La inmunidad, se extiende a todas las actividades, incluidas la de ámbito personal de los miembros de la Cámara. Si la inviolabilidad impide la apertura de cualquier actuación judicial por las opiniones manifestadas y votos expresados por los parlamentarios, la inmunidad se limita a justificar la suspensión de las mismas hasta que estas sean autorizadas por las correspondiente Cámara parlamentaria.

La inmunidad se justifica por el conjunto de funciones parlamentarias que son objeto de la protección de dicha garantía. Por eso la amenaza que protege la inmunidad es siempre política y tiene su fundamento en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.

Como ya hemos adelantado, un rasgo propio de esta prerrogativa es la exigencia de la previa autorización del Congreso o Senado para que uno de sus miembros pueda ser procesado o inculcado. Del mismo modo, tampoco podrá ser detenido en caso de flagrante delito. Para cualquiera de estas actuaciones judiciales los Tribunales han de solicitar de la Cámara a la que pertenece el parlamentario el correspondiente suplicatorio, correspondiendo su concesión o no al Pleno de la Cámara. Dicha concesión o denegación está vinculada a la función de impartir justicia y por ello son aplicables a tal decisión los parámetros del mandato constitucional reconocido en el

³⁴ Idem.

art. 24.1 CE. No obstante, si aquella denegación se dicta conforme a la finalidad y sobre el fundamento de la inmunidad parlamentaria, se entenderá correcta.

Es evidente que la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de la persona del Diputado o Senador, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales. La Constitución ha querido que sean las propias Cámaras las que aprecien por sí mismas, en cada caso concreto y atendiendo a las circunstancias de cada caso, si la inculpación o procesamiento puede producir el resultado objetivo de alterar indebidamente la composición o el funcionamiento de dichas Cámaras; en esa valoración no pueden ser sustituidas por órganos de naturaleza jurisdiccional³⁵.

Ello no impide que el Alto Tribunal advierta que es posible revisar, desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de los Diputados o del Senado por los que, en libre ejercicio de la prerrogativa que les reconoce el art. 71.2, se resuelva acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros, siendo el Tribunal Constitucional a quien corresponde, cuando sea requerido para ello, por la vía del amparo del art. 53.2, llevar a cabo esa revisión mediante el examen del supuesto concreto³⁶.

En definitiva, la inmunidad responde al interés superior del Parlamento de no verse alterado, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que puedan incoarse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir eficazmente sus funciones. Ello no quiere decir que este interés superior deba imponerse en todo caso a la prosecución de la acción de la justicia, pues habrá de

³⁵ STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 6º.

³⁶ STC 90/1985, de 22 de julio, FJ 2º.

depender también de la gravedad, de la trascendencia y de las circunstancias de los hechos imputados³⁷.

En cuanto a la inviolabilidad e inmunidad en el ámbito de los Parlamentos autonómicos se remite en general la STC 36/1991, de 12 de noviembre, a los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma. En este sentido dice el fundamento jurídico segundo de esa resolución, atendiendo al caso concreto, que:

“En dicho art. 26 del Estatuto de Autonomía del País Vasco se define la inviolabilidad de los Parlamentarios al decir: serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo.

Sobre la inmunidad por el contrario, el Estatuto contiene una fórmula menos amplia, comparada con la utilizada por la Constitución de 1978 para los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, en cuanto omite la referencia a la inmunidad en sentido genérico y no recoge la necesidad de suplicatorio o autorización de la Asamblea Legislativa para inculpar y procesar a sus miembros. Sin embargo, se les reconoce el no poder ser detenidos salvo en caso de flagrante delito y un fuero especial consistente en atribuir la competencia al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco o a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo según los casos para decidir sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio de los miembros del Parlamento Vasco.³⁸”

c. El aforamiento de los parlamentarios.

El tercer apartado del art. 71 CE reserva la competencia de enjuiciamiento de las causas que intervengan diputados y senadores a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El órgano de justicia constitucional ha considerado siempre que esta garantía opera como complementaria y cierre de las dos anteriores analizadas. No obstante, las tres prerrogativas comparten los mismos objetivos comunes: proteger a los parlamentarios de las acciones judiciales (inviolabilidad), de los intentos de impedir

³⁷ STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3º.

³⁸ STC 36/1991, de 12 de noviembre, FJ 2º.

indebidamente su participación en la formación de la voluntad de la Cámara (inmunidad), y finalmente proteger la independencia del órgano (aforamiento).

La prerrogativa del aforamiento actúa como medio para la salvaguarda de la independencia institucional de las Cortes Generales y del Poder Judicial. Es decir, garantiza el equilibrio entre ambos poderes y una oposición eficaz frente a la eventual trascendencia de una resolución judicial en el funcionamiento del Parlamento.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, “el Juez determinado por la Ley” a que se refiere el art. 24.2 CE, esto es, aquel constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3³⁹. Esta predeterminación constitucional del órgano jurisdiccional competente comporta el seguimiento de una distinta tramitación procesal de las causas contra Diputados y Senadores, que no se configura con ventajas especiales, ya que en este proceso es viable, excepcionalmente, la inexistencia de “un segundo grado jurisdiccional”. Al decir que determinadas personas gozan en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados compensan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ser la única instancia judicial la que conoce el superior en el iter judicial ordinario⁴⁰.

Existe, únicamente con los Diputados y Senadores, a diferencia del resto de aforados, una íntima conexión entre la inmunidad parlamentaria y esta prerrogativa ya que condiciona la viabilidad de la acción penal emprendida contra ellos y opera como requisito inexcusable de procedibilidad. Este requisito implica que la Cámara, al conceder el suplicatorio ya ha deliberado sobre la irrelevancia de la acción penal contra uno de sus miembros en relación con la independencia institucional. Por ello, el aforamiento de estas determinadas personas, y su alcance, no puede interpretarse al

³⁹ STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 6º.

⁴⁰ STC 51/1985, de 10 abril, FJ 3º.

margen de los efectos de la inmunidad y de la concesión del suplicatorio.

Ahora bien, nos encontramos ante el problema de la *perpetuatio iurisdictionis*⁴¹ cuando tratamos de resolver una causa iniciada contra un Diputado o Senador y éste pierde, de forma sobrevenida, dicha condición. Ello obliga a la interpretación de la legalidad procesal aplicable (art. 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912 y precepto relacionados de la LECrim y la LOPJ) a los efectos de determinar si el Tribunal Supremo continúa conociendo la causa o tiene que declinarla a favor del competente. Se trata de una cuestión de legalidad que conecta con el contenido de un precepto constitucional, el art. 71.3, así como con el derecho al juez predeterminado por la ley. En esta línea, el Alto Tribunal reafirma la Sentencia dictada por el TS y, a la vez, recurrida en amparo, STC 22/1997 (FJ 8º, *ab initio*), diciendo que no supone vulneración alguna de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la ley (art. 24.1 y 2) el hecho de desplazar la jurisdicción al Juzgado de instrucción competente. En atención a la pérdida por el encausado de su condición de diputado queda fuera del fundamento de la función institucional del TS, y se estaría extendiendo temporalmente la prerrogativa si se actuará en sentido contrario.

En consonancia con el párrafo anterior, el TC transcribe en su Sentencia lo que la Sala segunda del Supremo entiende. Esto es, que “durante el período de su mandato los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara. Fuera del período de su mandato, la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sólo se extiende a los Diputados y Senadores electos o cuando, al finalizar su mandato, estuviera concedida y vigente la autorización de la Cámara para proceder, pero siempre que los hechos cometidos estuvieran directamente relacionados con el ejercicio de la función pública inherente al cargo representativo”.

Esta interpretación que hace el órgano superior de justicia ordinaria, ciertamente, no se ajusta al tenor literal de la Ley de 9 de febrero de 1912, pero tratándose de una

⁴¹ STC 22/1997, de 11 de febrero. FJ 7º.

norma preconstitucional nada impide al Tribunal Supremo modularla a las circunstancias del caso, deduciendo de la Constitución y de las normas procesales la pauta interpretativa a seguir⁴².

A modo de conclusión y sin extendernos más, estas prerrogativas deben de estar orientadas en el profundo significado de una garantía objetiva y no un privilegio personal y subjetivo. En todo caso, la inviolabilidad e inmunidad, así como el aforamiento, forman parte esencial del estatuto del parlamentario en la Cortes Generales.

d. El aforamiento en los Parlamentos Autonómicos

Finalmente, tenemos que hacer referencia a esta prerrogativa en las Asambleas autonómicas cuyo régimen no aparece en la Constitución, pero se regula en cada Estatuto de Autonomía. El resto de prerrogativas también aparecen en dichos Estatutos, con algunos matices como por ejemplo en la inmunidad donde no se exige la autorización parlamentaria para proceder contra los diputados autonómicos.

Cualquier delito que realiza el diputado o senador autonómico en el ámbito que comprende la Comunidad Autónoma será juzgado por el Tribunal Superior de Justicia, que es el que le corresponde decidir sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio. Si la conducta se hubiera producido fuera de dicho ámbito territorial, su responsabilidad penal sería exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4.3. LA SUSPENSIÓN DEL CARGO

El caso que nos ocupa ahora, es la interrupción de todos los derechos y obligaciones del parlamentario durante un determinado periodo de tiempo, sin que ello conlleve la extinción del mandato representativo del titular del derecho del art. 23.2 CE. Cuando

⁴² STC 22/1997, de 11 de febrero. FJ 8º *in fine*.

una sentencia condenatoria lo comporte o cuando su incumplimiento implique la imposibilidad de ejercer la función parlamentaria, el parlamentario quedara suspendido también en sus prerrogativas.

En esta línea es suficiente señalar que el propio Reglamento de la Asamblea de Cantabria (art. 21), en sintonía con lo dispuesto en los Reglamentos del Congreso (art. 21) y del Senado (arts. 22, 101 y 102), contempla expresamente la situación de suspensión de los Diputados en sus derechos y deberes parlamentarios por causas diversas, como la de que una sentencia firme condenatoria lo comporte.

Resalta el órgano de justicia constitucional en una ocasión que no se puede admitir la aplicación extensiva del art. 160 LOREG, imponiendo la renuncia del escaño a todo aquél diputado que se vea sometido a una condena penal generadora de inelegibilidad, puesto que, ante el silencio de la ley electoral al respecto, no cabe la posibilidad de interpretar extensivamente la formulación legal de las causas de inelegibilidad, sino que es preciso proceder a una integración a partir de otros preceptos aplicables con arreglo al sentido de la institución y de los fines que procura. Y en este sentido, es indudable que hay que tener en cuenta, tanto las previsiones del Código Penal, que sólo anudan la pérdida del cargo público a las penas de extrañamiento y confinamiento y a las privativas de libertad por tiempo superior a doce años (arts. 45 y 46 C.P.), pero no respecto de otras penas, a las que sólo asocia la suspensión del cargo (art. 47 C.P.), como las del Reglamento de la Asamblea de Cantabria, que distingue entre las decisiones judiciales que acuerdan la pérdida de la condición de diputado regional, de las que sólo comportan la suspensión o implican la imposibilidad temporal de ejercer la función parlamentaria⁴³.

4.4. LA RENUNCIA DEL CARGO

Según el Alto Tribunal, cabe inferir del art. 23.2 de la C.E. que si todos los ciudadanos tienen el derecho a acceder a cualquier cargo público también tienen el de dimitir de

⁴³ STC 7/1992, de 16 de enero, FJ 3º.

ellos, decisión que se inserta en la esfera de la libre disposición individual y que no estando prohibida está permitida, aunque pueda admitir en cada caso las limitaciones establecidas por la legislación reguladora del cargo en cuestión.⁴⁴

La legislación que hay que revisar, en este caso, para la configuración del derecho en cuestión es el art. 20.4º del Reglamento de la Cámara baja contiene la pérdida de la condición de diputado por la renuncia del mismo ante la Mesa del Congreso. Aun es más precisa una norma del reglamento de la Asamblea Regional de Cantabria, el art. 22.d), la cual aclara que la pérdida de la condición de diputado se puede producir por renuncia expresa del diputado presentada personalmente por escrito ante el Registro de la Cámara y que hasta que no tenga conocimiento la Mesa no será efectiva la renuncia.

Al hilo del párrafo anterior, la renuncia es una declaración de voluntad por la cual el titular de un derecho subjetivo hace dejación del mismo y lo abandona, negocio jurídico unilateral, no recepticio, sea cualquiera el motivo que la impulsara y, por ello, carente de destinatario. No se trata de un “acto de trámite”, pues tal calificación sólo es aplicable a los que forman parte de un procedimiento. El efecto principal de aquella es la pérdida del cargo, que se considera irrevocable una vez perfeccionada.

Sabido es que la voluntad se presume consciente y libre, presunción *iuris tantum* que admite la prueba en contrario y esto nos lleva al ámbito de las circunstancias que pueden viciarla. La categoría más próxima, dentro de la panoplia de los vicios de la voluntad de los actos jurídicos, es la que viene llamándose error en su modalidad no obstativa, que se da cuando la voluntad interna se construye sobre una información o una creencia inexactas de los datos o de la realidad, en su doble aspecto del conocimiento equivocado (*error strictu sensu*) o de falta de conocimiento suficiente (*ignorancia*).⁴⁵

4.5. LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS.

⁴⁴ STC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 3º.

⁴⁵ STC 81/1994, de 14 de marzo FJ 3º.

El Parlamento español actual está constituido, predominantemente por la voluntad de los partidos, lo cual significa que las Cámaras sean unas asambleas no constituidas por individuos, sino por grupos de personas con un ideal común sobre la relación del individuo en sociedad y la organización de ésta en torno al individuo. Por eso es un Parlamento de Partidos. Y se justifica principalmente por:

- ✓ El carácter asociativo del derecho del art. 23.2, por el mandato constitucional del art. 9.2 cuando aclara que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas...” y especialmente cuando matiza que deben “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política...”.
- ✓ Las funciones públicas que el art. 6 de la CE atribuye a los partidos políticos. “Los partidos políticos expresan el pluralismo político concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política.”
- ✓ La eficiencia exigible en la vida parlamentaria como en cualquier otra organización⁴⁶.

La titularidad individual del parlamentario en el cargo debe prevalecer sobre cualquier intento de titularidad colectiva del mismo, por el Grupo al que pertenece o la Cámara de la que es miembro vulnerando su derecho de participación política. En este último caso, en el Parlamento Navarro se vulneró el derecho a constituir Grupo al Partido Riojano debido a una modificación del Reglamento respecto del número mínimo para formar el mismo. El Alto Tribunal consideró que es cierto que el principio de autonomía parlamentaria recogido en el art. 71.2 CE dota a las Cámaras parlamentarias de una esfera de decisión propia que se plasma especialmente en la

⁴⁶ GARCIA ROCA, Javier: *ob. cit.*, p. 253.

autonomía reglamentaria. Esta capacidad autoorganizativa exige que la Cámara disponga de la posibilidad de modificar las “reglas del juego que institucionalizan el debate político”, siendo contraria a ella la total petrificación del ordenamiento parlamentario interno a lo largo de la legislatura. Sin embargo estas facultades de autodeterminación organizativa encuentran su límite en el respeto a los derechos de los parlamentarios.⁴⁷

A pesar de que esta titularidad sea de los representantes, los Grupos Parlamentarios sirven muchas veces de mecanismo para el ejercicio del derecho del art. 23.2. El Tribunal entiende que existe un *continuum* del derecho, entre la elección del representante, la asunción por éste de su condición parlamentaria y su integración al Grupo correspondiente. Esto no significa que los Grupos sean titulares colectivos, del *ius in officium*. A quien este protege en definitiva es al cargo representativo individualmente considerado, en su derecho a permanecer en el mismo y a ejercerlo.

Entendemos, pues, como la jurisprudencia, los derechos del parlamentario asociado con otros para poder ejercer las funciones. Sin embargo, hay que distinguir entre la titularidad de los representantes y la legitimación para ejercer la acción a diversas asociaciones.

Y ello sin perjuicio de que se reconozca a los parlamentarios la facultad de asociarse con otros para el ejercicio colectivo de los derechos de los que titulares y de que los Grupo Parlamentarios que de ese modo se constituyan están legitimados para ejercer las acciones en defensa del *ius in officium* de sus miembros.

4.6. DEL TRÁNSFUGA AL PARLAMENTARIO NO ADSCRITO

Como ya se ha señalado nuestras Cámaras representativas son, como las del resto de Europa, Parlamentos de Partidos en el que predominan estas formaciones políticas sobre el parlamentario individual. Por tanto, se produce una tensión de tensión y

⁴⁷ STC 141/2007, de 18 de junio. FJ 5º.

equilibrio entre la relación de representación y el papel que la Constitución (art. 6) otorga los partidos políticos, es decir, entre el reconocimiento de estos como “instrumento fundamental para la participación política” y la libertad del mandato garantizada en el art. 67.2 CE.

De esta relación se derivan ciertas divergencias que evocan al termino transfuguismo político, cuya teoría es muy compleja debido a la falta de acuerdo del Constitucional en definirlo completamente, y la casuística en algunos de los Parlamentos autonómicos, exactamente doce de los diecisiete: Asamblea de Extremadura, Asamblea de Madrid, Cortes de Castilla y León, Cortes de Castilla La Mancha, Cortes de Valencia, Parlamento de Andalucía, Parlamento de Cantabria, Parlamento de Canarias, Parlamento de las Islas Baleares, Parlamento de Cataluña, Parlamento de Navarra y Parlamento de La Rioja; junto con las Corporaciones locales (art. 73.3 de la LBRL) donde existe la figura del miembro no adscrito.

Beatriz Tomás Mellen define el concepto, como la ubicación voluntaria en una posición representativa distinta a la pretendida por el partido en cuyas listas se presentó ante los electores, bien desde el inicio del desempeño del cargo público representativo, bien posteriormente a causa de un cambio de grupo⁴⁸. En consecuencia, debemos distinguir entre dos formas de adquisición de tal condición. La primera, al comienzo del mandato, se produce cuando los diputados de la formación política no se integran dentro del plazo fijado en el Grupo correspondiente a su partido. Y la segunda, durante el mandato, tiene lugar cuando el diputado o los diputados abandonan el Grupo Parlamentario al que están adscritos, para pasar a ser denominado diputado no adscrito, o son expulsados por la dirección de dicho Grupo. Aquellos Parlamentos en los que no se prevé -en su Reglamento- esta figura, pasarían directamente a formar parte del Grupo Mixto que será constituido aunque no existiera.

Bien, ¿a qué se debe el transfuguismo? Podemos decir que se deriva de un cambio de

⁴⁸ GILBAJA CABRERO, ESTELA: “La figura del Parlamentario No Adscrito”, *Corts. Revista de Derecho Parlamentario*, nº 28, año 2014, p. 166.

orientación ideológica de la formación o del cargo electo, o del mero oportunismo o de las discrepancias de este con la dirección del partido, así como también de la deficiente democracia interna de los partidos políticos. A esta pregunta cabe añadir otra: ¿es justificable o reprochable? En primer lugar, sería justificable -y también aplaudible- aquel diputado o diputados que abandonan el Grupo porque se ha desviado de su línea ideológica o no ha cumplido el programa con el que se presentaron a las elecciones, o para democratizar el partido o defender los intereses de los ciudadanos, y especialmente para no traicionar a sus electores. Y, en sentido contrario, sería menos justificable que se abandonase el Grupo parlamentario al que se pertenece para satisfacer intereses meramente personales del representante político.

Para finalizar con el transfuguismo, me gustaría apuntar que las claves para entender este fenómeno, son, en definitiva atender e interpretar correctamente los artículos 67.2, 23 y 6 de la CE. Los cargo públicos representativos son de titularidad individual y por lo tanto sus titulares no deben de ser utilizados por las formaciones políticas que los cuales pertenecen. A través de estos, actúan los representantes ejerciendo sus propios derechos y deberes. En consonancia con esto, deben servir -las formaciones- de medio para perseguir un fin, el cuál es facilitar y no impedir el libre ejercicio del derecho de participar públicamente en los asuntos estatales, autonómicos o locales.

La siguiente cuestión que nos planteamos es qué derechos tienen estos parlamentarios que no están adscritos a ningún Grupo Parlamentario. Y si la disparidad existente entre las facultades de los Grupos y las facultades de estos parlamentarios es constitucional. En esta línea, vamos a ver diferentes derechos reconocidos a estos en algunos de los Parlamentos en los que existe esta figura. El derecho a asistir con voz y voto al Pleno y a las Comisiones de las que formen parte y con voz pero sin voto al resto de Comisiones (el art. 4.1 RPCat.). Tienen el derecho a recabar información de las Administraciones Públicas, un tratamiento institucional y protocolario diferente dentro de la Comunidad Autónoma, y a las retribuciones necesarias para que cumplan eficaz y dignamente sus funciones asignadas a la condición de parlamentario. El Reglamento de las Cortes de Castilla La Mancha añade que en ningún caso se podrá otorgar derechos a los parlamentarios que se atribuyan -en el mismo Reglamento- a

los Grupos parlamentarios⁴⁹. En cuanto a los derechos económicos, en los Parlamentos de Extremadura, Castilla y León, Canarias, Cantabria, La Rioja y Navarra la Mesa se encarga de distribuir a estos parlamentarios los medios materiales en proporción a sus funciones porque, además, se prevén consecuencias distintas en cada uno de estos Parlamentos. Por ejemplo, en Extremadura no perciben retribuciones por dedicación exclusiva ni por las asignaciones del Grupo.

Respecto a la citada disparidad, atiende a que los Grupos están concebido actualmente como el centro de la actividad parlamentaria, es decir que a través de ellos se realizan la mayoría de las iniciativas legislativas y por lo tanto ejercen una mayor influencia política, mientras que los no adscritos apenas pueden ejercer esas iniciativas salvo las proposiciones a título individual. Esto es lo que nos lleva a cuestionar su constitucionalidad. Si la facultad de asociarse dentro de la Cámara forma parte íntegra de la esencia misma de la función representativa el impedir que unos representantes políticos puedan constituir un grupo o integrarse en alguno de los ya existentes vulneraría el art. 23.2 CE, pues dada la configuración de los Grupos Parlamentarios en los actuales Parlamentos, como entes imprescindibles y principales en la organización y funcionamiento de la Cámara, así como en el desempeño de las funciones parlamentarias y los beneficios que conlleva la adquisición de tal status, aquella facultad constituye una manifestación constitucionalmente relevante del *ius in officium* del representante⁵⁰.

5. EL EJERCICIO DEL CARGO PÚBLICO: FACULTADES DE LOS PARLAMENTARIOS

5.1. DERECHO AL VOTO

No parece que puedan plantearse dudas sobre el hecho de que el derecho al voto de los parlamentarios es uno de los que se integran en el *ius in officium* de los mismos. No

⁴⁹ GILBAJA CABRERO, ESTELA: *ob. cit.* . Pág. 178.

⁵⁰ STC 64/2002, de 11 de marzo. FJ 3º.

ha habido, hasta ahora, un pronunciamiento claro al respecto, pero dicha pertenencia se deriva de la naturaleza misma de las cosas. Uno de los principales derechos/deberes de aquéllos es la participación en las tareas de las Cámaras, y la forma más habitual de concretar la misma es el ejercicio de su derecho al voto, ejercicio con el que manifiestan su postura en los acuerdos de las Asambleas.⁵¹

Nuestra Carta Magna reconoce en su artículo 79.3, el derecho de voto a los Diputados y Senadores, estableciendo dos relevantes características del mismo: *el voto es personal e indelegable*. Esta garantía de la vinculación del voto a una persona protege principalmente la libertad de cada representante en su mandato representativo, y lo refuerza con la prohibición constitucional de delegar el voto. De lo contrario, es decir, si se permitiese esta delegación, se estaría contribuyendo a debilitar el deber de los cargos públicos representativos de asistir a las sesiones del órgano del que forman parte en el consiguiente incumplimiento de las obligaciones derivadas de su cargo. Absentismo éste que debilitaría la democracia representativa. Esta conexión lógica entre asistencia y voto se justifica con lo previsto en el art. 6.1 del RCD que atribuye a los Diputados “el derecho a asistir con voto en las sesiones del Pleno del Congreso y a las de las Comisiones que formen parte”, y a continuación, al comienzo del Capítulo que hace referencia a los deberes de aquellos, vemos en el art. 15 que resalta esta asistencia como un deber de aquellos. Asimismo, el art. 21.1 del Reglamento de la Cámara Alta expresa que “los Senadores tendrán el derecho y el deber de asistir a las sesiones plenarias y a las de las Comisiones de que formen parte, y a votar en las mismas, así como a desempeñar todas las funciones a que reglamentariamente vengán obligados.”

El incumplimiento voluntario de este deber de asistencia a las sesiones del Pleno o de las Comisiones lleva aparejado su correspondiente sanción. Así reza el art. 99.1 RCD, lo que se traduce en la posible retirada de alguno o de todos los derechos regulados entre los arts. 6 y 9 de la misma disposición, incluidos los derechos económicos a la remuneración o dietas del cargo, con la obligación de que la Mesa establezca por

⁵¹ STC 361/2006, de 18 de diciembre. FJ 3º, *ab initio*.

acuerdo motivado la extensión y límites de la sanción. Si el Diputado, una vez cumplida la sanción por su inasistencia de persistir en su actitud, podrá ser suspendido temporalmente en su condición de diputado por el Pleno de la Cámara.

De igual forma, el art. 20 del Reglamento del Senado regula este deber que estamos analizando y en la misma línea que acabamos de exponer su art. 23.2 regula la sanción por la inasistencia de los Senadores a las sesiones del Pleno y de las Comisiones sin la obtención de la correspondiente licencia de la Mesa, pudiendo ser privado por tal motivo de su asignación, a propuesta del Presidente y por acuerdo de la Cámara en sesión secreta.

No hay que olvidar que únicamente se vulnera este deber cuando “...de forma reiterada o notoria dejare de asistir *voluntariamente*...”, haciendo hincapié en esta última palabra. Se refiere el precepto del RCD a esa inasistencia a las sesiones del Pleno o de las Comisiones debe ser deliberada y sin causa de que le justifique. Por lo tanto, hay inasistencias que no llevan aparejada su correspondiente sanción. Esto puede ocurrir cuando existen impedimentos ajenos a la voluntad del diputado que hagan que resulte imposible ejercer ese deber y el correspondiente derecho de voto. El supuesto más típico que excluye la obligación de asistir es la maternidad. Sin embargo, también puede deberse a la de paternidad o por enfermedad física o, incluso por viaje oficial... En cuanto al primer requisito, que la falta de asistencia sea reiterada o notoria hay que decir que si bien la asistencia reiterada no ofrece problemas de comprensión, más difícil es determinar que debe entenderse por inasistencia “notoria”.

No es posible trasladar sin más las previsiones legales que disciplinan esta materia en las Cortes Generales a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Habrá que estar a lo que en cada caso dispongan sus respectivos Reglamentos Parlamentarios. En este sentido, la STC 179/1989, 2 de noviembre, razona que no es en modo alguno exigible, en virtud de los mandatos constitucionales, que las instituciones legislativas de las Comunidades Autónomas deban adecuar su estructura, funcionamiento y organización a las correspondientes de las Cortes Generales, ni que deban aplicarse a las Cámaras legislativas de las Comunidades Autónomas, en forma

directa o supletoria, las normas constitucionales que regulen la organización y funcionamiento de las Cortes Generales, entre ellas el art. 79.2 C.E (FJ 6º, *in fine*).

En relación a la libertad de mandato de cada parlamentario, en nuestro país está limitada por la disciplina de partido que influye directamente en el voto parlamentario. Por eso, es doctrina consolidada del TC que los Grupos Parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga capacidad procesal ante el Tribunal Constitucional para defender las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de dichos miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo, entre las que se incluyen sin duda, decimos ahora, las que tengan que ver con el ejercicio del derecho al voto de los parlamentarios⁵².

5.2. DERECHO A LA TRAMITACION DE PROPUESTAS

La presentación de las iniciativas parlamentarias es una de las facultades intrínsecas al derecho de participación de los Diputados y Senadores. Facultades que a veces se ejercen por el Parlamentario individual y en otras ocasiones a través de los Grupos parlamentarios. Entendemos por iniciativa parlamentaria, aquellas que tienen su origen en el seno del Parlamento con la finalidad de controlar la acción del Gobierno a través de, por ejemplo las proposiciones no de ley, o aquellas otras que tiene el propósito de crear una ley, (proposiciones de ley, art. 89 CE) así como aquellas otras que tienen su origen en el Gobierno (proyectos de ley, art. 88 CE). Sólo las iniciativas que tienen su origen en los parlamentarios suponen el ejercicio del *ius in officium* garantizado por el art. 23.2 CE.

Lo importante en este epígrafe es aclarar la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la incidencia del *ius in officium* en las decisiones que adoptan las Mesas ejerciendo su potestad de calificación y de admisión a trámite de los documentos a ellas dirigidas. El Tribunal declara expresamente en la STC 40/2003, de 27 de febrero, que la

⁵² STC 361/2006, de 18 de diciembre. FJ 5º, *ab initio*.

función de la Mesa consiste en el control de la regularidad legal de los escritos parlamentarios, ya tengan la finalidad de ejercer el control de los respectivos Ejecutivos, o sean los de carácter legislativo, siempre que tras ese examen de la iniciativa a la luz del canon normativo del Reglamento parlamentario no se esconda un juicio sobre la oportunidad política en los casos en que ese juicio esté atribuido a la Cámara parlamentaria en el correspondiente trámite de toma en consideración o en el debate plenario.

En definitiva, podemos deducir que las Mesas cumplen una función jurídico técnica consistente en ordenar y racionalizar el funcionamiento de la Cámara para su mayor eficiencia, precisamente como foro de debate. De modo que a la Mesa le compete, por estar sujeta al ordenamiento jurídico, en particular a la Constitución y a los Reglamentos parlamentarios que regulan sus atribuciones y funcionamiento, examinar si las iniciativas cumplen los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria. No obstante, el Reglamento parlamentario puede permitir o, en su caso, establecer, incluso, que la Mesa extienda su examen de las iniciativas más allá de la estricta verificación de sus requisitos formales, siempre, claro está, que los escritos y documentos presentados a la Mesa, sean de control de la actividad de los Ejecutivos, sean de carácter legislativo, vengan, justamente, limitados materialmente por la Constitución, el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario pertinente, como es el caso de la calificación en ciertos ordenamientos autonómicos de lo que han de considerarse mociones o interpelaciones, o el de la iniciativa legislativa popular que tiene vedadas ciertas materias por imperativo del art. 87.3 CE. De modo que si la legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando únicamente la Mesa de que la iniciativa en cuestión cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad.⁵³

Cuando se reclama la tutela de derechos de la función representativa frente a posibles vulneraciones, el Tribunal debe de detenerse especialmente en identificar la base

⁵³ ATC 85/2006, de 15 de marzo. FJ 4º.

normativa del derecho alegado (el consagrado en el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal) y, segundo, en identificar la regulación reglamentaria de las facultades del órgano al que se le imputa la vulneración.

No cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, pues sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como son indudablemente, los relativos al ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el art. 23.2 CE si los propios órganos de las asambleas impiden o coartan su práctica o adoptan decisiones que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes. Tales circunstancias imponen a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de todas aquellas normas que puedan suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y a motivar las razones de la apreciación de dicha limitación.⁵⁴

5.3. DERECHO DE ENMIENDA

La enmienda es un mecanismo que sirve para complementar (añadir o eliminar) o modificar (enmiendas de sustitución) una propuesta previamente formulada.

En el ámbito legislativo supone que, a partir de un proyecto o proposición de ley, la configuración de lo que pretende ser una nueva norma se realiza a través de su discusión parlamentaria por la Cámara en el debate de totalidad como decisión de los representantes de la voluntad popular de iniciar la discusión de esa iniciativa, que responde a unas determinadas valoraciones de quienes pueden hacerlo sobre su oportunidad y sobre sus líneas generales; tomada esa primera decisión, se abre su discusión parlamentaria para perfilar su contenido concreto y específico a través del debate pudiendo, ahora sí, introducir cambios mediante el ejercicio del derecho de

⁵⁴ ATC 85/2006. FJ 6.

enmienda y legitimando democráticamente la norma que va a nacer primero mediante la discusión pública y luego a través de la votación o votaciones de la norma, según su naturaleza, como manifestación de la voluntad general democráticamente configurada⁵⁵.

Las enmiendas parciales o al articulado son las únicas que pueden ser realizadas por los parlamentarios, siendo y el último conducto para su participación a título individual, dada la preeminencia tan fuerte de los Grupos en nuestro actual Parlamento de Partidos. En cuanto a las enmiendas a la totalidad son aquellas que “versan sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley y postulan la devolución de aquel al Gobierno o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto” (art. 110.2 RCD), y “sólo pueden ser realizadas por los Grupos parlamentarios”. El apartado primero de ese mismo precepto obliga a que el escrito de enmiendas de los Diputados lleve la firma del Portavoz del Grupo al que pertenece dicho parlamentario “a los meros efectos de conocimiento”, y en caso de no llevarla se podrá subsanar antes de la discusión de la enmienda en Comisión. En la práctica, son los Grupos Parlamentarios quienes presentan las enmiendas, excepto en el caso de los miembros del Grupo Mixto. Respecto a las enmiendas en el Senado, el art. 107 dice que tanto los Senadores como Grupos podrán presentar enmiendas o propuestas de veto y deberán formalizarse por escrito con una justificación explicativa.

En su STC 119/2011, el Tribunal Constitucional se va a referir a la obligación de que las enmiendas legislativas sean congruentes con el texto normativo que se pretenda enmendar. Principio, que se deriva de la idea de subsidiariedad de la enmienda con respecto al texto que se trata de modificar. En esta resolución, el Alto Tribunal afirma que aunque el Reglamento del Senado no prevé dicho examen de conexión material este tiene que verificarse mediante “un control de homogeneidad entre las enmiendas presentadas y la iniciativa legislativa a enmendar”.

El órgano de justicia constitucional añade en el FJ 7º tres ideas sobre las que me

⁵⁵ STC 119/2011, de 5 de julio. FJ 6º.

gustaría reflexionar en la línea del Tribunal. Primero, en torno a la idea de conexión material entre la enmienda y la iniciativa legislativa, expresa claramente que el órgano al que se le atribuya efectuar ese análisis necesita un margen de valoración. El representante popular, para acercar sus actuaciones al principio democrático, tiene que contar con un amplio y flexible margen de actuación. Sin embargo, cuando se plantea una falta absoluta de conexión material, la actuación de las Mesas no puede reducirse a una simple decisión injustificada, sino que debe efectuar una valoración motivada sobre la existencia o no de esa conexión mínima. Si es evidente y manifiesto que no existe tal conexión deben rechazar la enmienda, que ya no es tal, sino más bien una nueva iniciativa legislativa.

En segundo lugar, señala el Tribunal que ha de atenderse a que esa valoración se debe realizar dentro del procedimiento legislativo en el que las dos Cámaras no están situadas en la misma posición, no actúan en el mismo momento, ni son iguales sus facultades.

En último lugar, la enmienda no es un mecanismo de urgencia para suplir deficiencias del procedimiento legislativo, porque para eso existen otros propios del Gobierno o el Congreso como los Decretos-leyes o las tramitaciones legislativas por los procedimientos de urgencia o lectura única cuando resulten jurídicamente admisibles. En definitiva, no atender los límites constitucionales con la excusa de la urgencia normativa, no deja de ser una lesión constitucional.

El Tribunal concluye su razonamiento reiterando, no obstante, que “el derecho de enmienda que pertenece a los parlamentarios, en este caso a los Senadores, no es un mero derecho reglamentario sino un auténtico contenido central de su derecho de participación del art. 23.2 CE.” (FJ 9º).

5.4. DERECHO DE INTERROGACIÓN

A la luz de la Constitución, es posible dar a esta expresión dos significados. En sentido estricto, entendemos el derecho de interrogación, según el art. 111 CE, como la

facultad de los parlamentarios de formular preguntas o interpelaciones al Gobierno, con la posibilidad de que estas últimas den lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición. Concepto este que, en un sentido más laxo, comprendería también el derecho de los parlamentarios a recabar a través de la Cámara y sus Comisiones los datos e informes que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualquier autoridad del Estado y de sus Comunidades Autónomas (art. 109 CE), así como el de promover una investigación sobre cualquier asunto de carácter público (art. 76.1 CE).

Respecto a la facultad de hacer preguntas o interpelaciones al Gobierno, lo primero que debemos aclarar es que se atribuye de manera individual a los miembros de las Cámaras. En los Reglamentos del Congreso y del Senado se regulan con detalle el desarrollo de estas iniciativas, así como las distintas modalidades que pueden adoptar. Así, el Reglamento del Congreso les dedica los dos primeros capítulos de su título IV, mientras que el Reglamento del Senado contempla su regulación en su título VI.

En el caso de las interpelaciones que a menudo son denominadas preguntas con debate, y que en este sentido se encuentran a medio camino entre las preguntas y las comparecencias informativas de los miembros del Gobierno, el Reglamento del Congreso también habilita a los Grupos Parlamentarios para su presentación.

¿Qué ocurre cuando un parlamentario se siente insatisfecho por la respuesta dada por el Gobierno a su pregunta? El Tribunal se ha ocupado de este asunto en la STC 220/199. Ante la negativa del Gobierno Vasco a responder a una iniciativa de este tipo, alegando el carácter secreto de la información requerida, el Tribunal va a decir que aquellos actos que se produzcan en el ámbito de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, incluidos los autonómicos, agota normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de los instrumentos de control político, que excluye generalmente, tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal Constitucional, al que no le corresponde el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas o institucionales entre el Legislativo y Ejecutivo. Concluye el Tribunal su

exposición afirmando que la denegación o incompleta satisfacción de una pregunta o petición de información formuladas por parlamentarios no supone, por sí misma, la vulneración del derecho fundamental al ejercicio del cargo garantizado por el art. 23 CE, que no comprende el derecho a una respuesta con un concreto contenido, puesto que el cauce de control de tal actuación gubernamental es el de la acción política de dichos parlamentarios.

La doctrina del Tribunal Constitucional que acabamos de resumir ha sido recientemente contradicha por un conjunto de resoluciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En concreto, se trata de las SSTs de 25 de febrero de 2013 (recurso de casación 4268/2011), del 1 de junio de 2015 (recurso de casación 956/2014) y del 15 de junio de 2015 (recursos de casación 3429/2013 y 2165/2014) en que se afirma la competencia de la jurisdicción Contenciosa-Administrativa para enjuiciar las respuestas de los Poderes Ejecutivos a las solicitudes parlamentarias de información. Razona el Tribunal Supremo que, tras la entrada en vigor de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “los tribunales de lo contencioso-administrativo conocen de las cuestiones suscitadas en relación con la protección de los derechos fundamentales a propósito de los actos del Gobierno o de los consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que sea la naturaleza de dichos actos”.

Como ya hemos indicado más arriba, el art. 109 CE atribuye, de manera indeterminada y conjunta, a las Cámaras y a sus Comisiones, la facultad de recabar ayuda e información del Gobierno y de la Administración en general.

Desarrollando este precepto constitucional, el art. 7 RCD lo identifica como derecho individual afirmando que “para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas”, distinguiendo éste del derecho reconocido en el art. 44 del mismo Reglamento a las Comisiones de recabar la información y documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones

Públicas. De aquí que podamos integrar dentro del art. 23.2 CE, los arts. 7 RCD y 109 CE.

La STC 161/1988, resuelve una demanda en amparo que impugna un acto adoptado por la Mesa de las Cortes de Castilla La Mancha que no admite a trámite cuatro solicitudes de los actores de recabar datos, informes y documentos del Consejo de Gobierno, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 12.2 del Reglamento de dichas Cortes, por estimar la Mesa de la Cámara que “podría llevar a cabo una obstrucción a la Administración”.

El Tribunal realiza un examen sobre el fondo del asunto en dos puntos y brevemente resumido en este trabajo, me hace creer que es conveniente traerlo a colación: la integración de dicha facultad en el contenido del art. 23.2 CE y definir el alcance y sentido de la intervención de la Mesa. En primer lugar, como sabemos el derecho del art. 23.2 es de configuración legal, es decir que corresponde ordenar los derechos y deberes de los parlamentarios a los reglamentos de sus respectivas Cámaras. No solo el mencionado artículo 12.2, sino también el art. 12.4 del Reglamento Parlamentario de Castilla La Mancha hace referencia a esa facultad, diciendo que en el supuesto de que no estén de acuerdo con las decisiones tomadas por la Mesa, podrán recurrir ante la misma de acuerdo el procedimiento establecido en el art. 30.2 de la misma disposición. La solución que proporcionan la normas citadas del Reglamento es afirmativa en el sentido de que la facultad reconocida en favor de todos y cada uno de los Diputados en su art. 12.2 forma parte del elenco de derechos de los miembros de las Cortes de Castilla-La Mancha. Se trata de una función parlamentaria de ejercicio individual clasificada dentro de las facultades de control de carácter instrumental.

En segundo lugar, explica la sentencia que el ámbito propio del control por parte de la Mesa para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad (art. 30.4 del reglamento de las Cortes Castellano-manchegas) de escritos es el examen de la viabilidad formal de esas peticiones de información, que habrán de ser admitidas y trasladadas al Consejo de Gobierno cuando no se aprecien carencias o deficiencias relevantes en su presentación o en su redacción. El Tribunal concluye que en la medida en que las

solicitudes de información, versaban sobre un aspecto de la gestión de la Administración autonómica, tenían sus peticionarios el derecho de reclamarlas, y que la Mesa al impedirlo infringió el derecho de los diputados a ejercer su cargo sin perturbación alguna, lesionando el derecho fundamental del art. 23.2.

5.5. EL DERECHO DE RETRIBUCION DE LOS PARLAMENTARIOS Y LAS SUBVENCIONES A LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS

En sus primeras aproximaciones a esta materia, el Tribunal Constitucional empezó afirmando que la finalidad de las subvenciones establecidas en las Asambleas Legislativas en beneficio de los Grupos Parlamentarios no era otra que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara. Las diferencias de trato entre los Grupos Parlamentarios en esta cuestión sin un fundamento razonable puede suponer una vulneración del derecho de los Parlamentarios a desempeñar sus funciones en un plano de igualdad y ser contrarias al art. 23.2 CE.⁵⁶

En el caso de las Cortes Generales, el hecho de que el apartado 4 del artículo 71 CE establece que los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por sus respectivas Cámaras permite sostener la idea de que el derecho a tal retribución se integra dentro de estatuto jurídico que consagra el art. 23.2 de la Constitución. La lesión de la relación jurídica retributiva entre el parlamentario y la Cámara pueden acabar transgrediendo el *ius in officium* del primero, pues este derecho, como hemos reiterado tantas veces a lo largo del trabajo, abarca el de desempeñar el cargo público representativo de conformidad con lo que dispongan las leyes.

No obstante, en la reciente STC 36/2014, de 27 de febrero, el Tribunal Constitucional va a afirmar rotundamente que “el cobro de las retribuciones previstas para un cargo o función pública queda fuera del ámbito del derecho consagrado en el art. 23.2 CE de la Norma suprema y no puede ser objeto desde este punto de vista de un recurso

⁵⁶ STC 15/1992, de 10 de febrero, FFJJ 5º y 7º.

de amparo” (FJ 6º). En esta resolución, el Alto Tribunal va a reiterar que las previsiones contenidas en la Constitución referidas a las Cortes Generales no pueden trasladarse al ámbito de los Parlamentos Autonómicas.

En cualquier caso, el derecho de los parlamentarios a percibir retribuciones económicas establecidas para su cargo tiene una destacada conexión con el correlativo deber que recae sobre el de asistir a las sesiones del órgano del que forma parte. El problema se plantea (ATC 1227/1988) cuando unos diputados del Parlamento Foral de Navarra dejan de asistir a las sesiones de la Cámara por una cuestión ideológica, al haber prometido durante la campaña electoral que no participarían en las instituciones autonómicas. El Tribunal Constitucional va a rechazar el amparo solicitado por esos manifestando que la obligación de asistir a las sesiones parlamentarios no es un mero deber reglamentario, sino un presupuesto ineludible para el ejercicio del trabajo parlamentario. En palabras del Tribunal, “pertenece al núcleo más específico de la función parlamentaria, puesto que es imprescindible para el cumplimiento de todas las tareas propias del cargo”, y no puede quedar a la libre disposición de los titulares.

6. LOS CONCEJALES Y EL GRUPO POLÍTICO MUNICIPAL

6.1. EL ACCESO AL MANDATO REPRESENTATIVO MUNICIPAL

El artículo 23.2 de nuestra Constitución concibe como cargo público, no sólo a los parlamentarios a nivel central y a nivel autonómico, sino también a los representantes del ámbito local aunque con algunos matices que iremos exponiendo a continuación. El estatuto de los representantes locales es el conjunto de derechos y deberes que garantizan la permanencia y el ejercicio legítimo de sus funciones, así como la independencia de los concejales.

Respecto al acceso a este puesto político en el ámbito local, son elegidos cada cuatro años directamente por los ciudadanos de la demarcación municipal a la que se presentan los concejales. Para poder presentarse como candidato a las elecciones municipales basta a tenor de lo dispuesto del art. 177.1 de la LOREG con que sean

residentes en España (aunque no tengan la nacionalidad española) y tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea, o bien, sean nacionales de países que otorguen a los ciudadanos españoles el derecho de sufragio pasivo en sus elecciones municipales en los términos de un tratado. Además deben reunir los requisitos para ser elegibles exigidos en la LOREG para los españoles. Y, finalmente, que no deben haber sido desposeídos del derecho de sufragio pasivo en su Estado de origen. En sentido contrario, no pueden acceder al cargo representativo local aquellos que incurran en las causas de inelegibilidad enunciadas en el art. 6 de la misma LOREG, ni los deudores de la Corporación local contra quienes se hubiese abierto mandamiento de apremio judicial (art. 177 LOREG).

Los concejales electos tienen que nombrar al Alcalde, que será quien debe formar el equipo del Gobierno local. Para ser candidato a ocupar la Alcaldía es necesario haber encabezado una de las listas electorales presentadas a las elecciones. Ello otorga a la elección de Alcalde un cierto carácter de elección directa por los ciudadanos, en la medida en que estos conocen de antemano. Ello sin perjuicio de los posibles pactos que se pueden realizar entre las distintas agrupaciones políticas para obtener una mayoría y poder formar gobierno.

En cuanto a las causas de incompatibilidad, éstas pueden aparecer durante el mandato, y el concejal debe abandonar la situación que la originó o renunciar al cargo. Además de las causas de inelegibilidad establecidas en el art. 177 LOREG, son también causas de incompatibilidad con la condición de concejal. Estas son: 1) los Abogados y Procuradores que dirijan o representen a partes en procedimientos judiciales o administrativos contra la Corporación, con excepción de las acciones a que se refiere el artículo 63.1.b) de la LRBRL; 2) los Directores de Servicios, funcionarios o restante personal en activo del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él; 3) los Directores generales o asimilados de las Cajas de Ahorro Provinciales y Locales que actúen en el término municipal; 4) los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes; 5) los concejales electos en candidaturas presentadas por partidos o por federaciones o coaliciones de

partidos declarados ilegales con posterioridad por sentencia judicial firme y los electos en candidaturas presentadas por agrupaciones de electores declaradas ilegales a un partido ilegalizado por resolución judicial firme.

Junto a la pérdida de la condición de miembro de la Corporación por incompatibilidad, el legislador enumera otras causas como la promulgación de una decisión judicial firme que anule la elección, el fallecimiento o la incapacitación del concejal, la renuncia realizada por escrito ante el Pleno, la expiración del periodo de cuatro años de duración del mandato representativo, sin perjuicio de que en este último caso continúen en sus funciones limitados a la administración ordinaria de la Corporación hasta la toma de posesión de sus electores.

6.2. DERECHOS DE PARTICIPACION POLÍTICA DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

En primer lugar hay que hacer referencia a las funciones que poseen en la participación en los asuntos públicos. Como dice la STC 117/2012, de 4 de junio, entre las funciones inherentes al cargo que constitucionalmente corresponden a los miembros de las Corporaciones Municipales se encuentran la de participar en la actividad de control del gobierno municipal, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la Corporación y la de votar en los asuntos sometidos a la decisión en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

- Participación de los concejales en el nombramiento de los Alcaldes y la posibilidad de revocarlo mediante la moción de censura.
- Participación con voz y voto en las sesiones del Pleno y de las comisiones informativas.
- Fiscalizar la acción del gobierno local.
- Posibilidad de exigir la convocatoria de sesiones extraordinarias cuando sea oportuno.

Una diferencia clara con respecto a los parlamentarios es la falta de prerrogativas en la esfera local. Los miembros de las Entidades Locales no gozan del privilegio de la inviolabilidad, ni de la inmunidad, ni se encuentran aforados. Eso no significa que no tengan los derechos que estudiaremos más adelante.

Para facilitar el ejercicio de sus funciones representativas, se concede a todos los miembros de la Corporaciones Locales el derecho a obtener del Alcalde cuantos antecedentes, datos e informaciones obren en poder de la misma Corporación, como expresa el art. 77 de la LRBRL. El art. 14.1 del Real Decreto 2568/1985, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, dispone que no será necesario acreditar autorización previa para acceder a tal información en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación que ostenten delegaciones o responsabilidades de gestión.
- b) Cuando se trate del acceso de cualquier miembro a la información y documentación correspondiente a los asuntos que hayan de ser tratados por los órganos colegiados de que formen parte, así como a las resoluciones o acuerdos adoptados por cualquier órgano municipal.
- c) Cuando se trate del acceso de los miembros de la Corporación a la información o documentación de la entidad local que sean de libre acceso para los ciudadanos.

En especial nos interesa hacer referencia a la información, datos e informes, sobre el Alcalde y su equipo de gobierno, pedida por la minoría (oposición política). El procedimiento de petición de dicha información, según el art. 14.2 de la disposición anteriormente citada, es el siguiente:

- 1) Solicitud del concejal, especificando la información que desea.
- 2) Si no se dicta resolución en 5 días naturales, se entiende denegada.
- 3) Esta denegación debe contener un motivación clara.
- 4) Como consecuencia de una resolución injustificada, el concejal podrá acudir la

protección judicial en la vía contenciosa-administrativa.

Por último, para realizar estas consultas de información el legislador exige unas reglas mínimas, dispuestas en el artículo 16.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades locales:

- a) La consulta podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los documentos o de copia de los miembros al miembro de la Corporación interesado para que pueda examinarlos en el despacho o salas reservadas a los miembros de la Corporación.
- b) En ningún caso podrán salir de las dependencias y oficinas municipales.
- c) La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del Alcalde deberá efectuarse en el archivo o en la Secretaría General.
- d) El examen de expedientes deberá hacerse en el lugar en que se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria.

6.3. DEDICACION Y DERECHOS ECONOMICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS ENTIDADES LOCALES

Según la dedicación que este desempeñe en el ejercicio de sus funciones representativas, este podrá encontrarse en las siguientes situaciones:

- Dedicación exclusiva. Si es funcionario de la Corporación o de carrera perteneciente a cualquier otra administración pública pasará a ser funcionario en la situación de servicios especiales (art. 74 de la LRBRL). Y lo mismo ocurre en el caso de que estuviese contratado por una empresa privada, pasando a quedar en excedencia laboral.
- Dedicación parcial o sin dedicación alguna. Podrá seguir desempeñando su puesto de trabajo en centro público o privado mientras ejerza la función representativa en el Consistorio. Por esto último, solo podrán recibir retribuciones o dietas respectivamente, cuando se demuestre efectivamente la realización de las funciones como concejal sin dedicación exclusiva. Tendrá

derecho a ausentarse en su otro puesto de trabajo para cumplir sus funciones como miembro de la Corporación Local, por tratarse del ejercicio de un deber público inexcusable, aunque en este caso se trata también a la vez del ejercicio de un derecho contitucional.

En cuanto a los derechos de naturaleza económico haremos la misma distinción, pero más concreta:

- Dedicación exclusiva. Tienen el derecho a una retribución y a ser dado de alta en la Seguridad Social.
- Dedicación parcial. Por el tiempo efectivo dedicado tiene el derecho a una remuneración y ser dado de alta en la Seguridad Social.
- Sin dedicación. Tienen el derecho a percibir indemnizaciones por:
 - o La asistencia a las sesiones del Pleno o Comisiones que forme parte.
 - o Los gastos realizados en el desempeño de su cargo.

6.4. LOS GRUPOS POLÍTICOS MUNICIPALES Y EL CONCEJAL NO ADSCRITO

En la misma línea que explicábamos respecto a los Grupos en las Cámaras, en la Corporaciones locales son como elementos organizativos que sirven para garantizar la actuación de los concejales en el funcionamiento político de la institución municipal, pero -como exponíamos con los Grupos Parlamentarios- no son órganos del Ayuntamiento y, por lo tanto, carecen de personalidad jurídica.⁵⁷ Del mismo modo, existirá por previsión legal el Grupo Mixto cuando algún miembro no quede integrado en ningún otro Grupo, ya que para constituir estos se necesitan un número mínimo de de miembros de la Corporación.

⁵⁷ Fundación Democracia y Gobierno Local y Federación Española de Municipios y Provincias: *Política municipal. Guía para la mejor de la calidad institucional y la eficiencia de los Gobiernos locales*, <https://gobiernolocal.org/politica-municipal-guia-para-la-mejora-de-la-calidad-institucional-y-la-eficiencia-de-los-gobiernos-locales/> (visto el día 21.09.2017), núm. 26, junio 2011, pp. 152.

Para que los concejales pertenecientes a una formación política puedan constituir Grupo habrán de hacerlo, por mandato del art. 24 del RD 2568/1986, mediante escrito dirigido al Alcalde o Presidente de la Corporación suscrito por todos sus integrantes y presentado dentro de los cinco días después a la constitución de la Corporación. Asimismo, el Presidente dará cuenta de este hecho en la primera sesión posterior del Pleno.

Según los arts. 27 a 29 del RD 2568/1986 se puede poner a disposición de los grupos municipales locales para reunirse con asociaciones, “teniendo en cuenta la necesaria coordinación funcional y los niveles de representación política de cada uno de ellos” -como matiza el apartado segundo del art. 28- siempre que tenga como objetivo la defensa de los intereses colectivos de la población. Por último, se prohíbe la coincidencia de las sesiones del Pleno o la Comisión de Gobierno y aquellas reuniones entre los grupos políticos y los ciudadanos.

En cuanto a los representantes de los grupos municipales en todos los órganos colegiados de la Corporación estos deben ser designados por el mismo Grupo, mediante escrito de su Portavoz dirigido al Alcalde.

El supuesto más problemático, y sobre el que más ha resuelto el Alto Tribunal, es sobre aquellos miembros que dejan de pertenecer al Grupo político por el que accedieron al cargo, que tienen la consideración de no adscritos. En la STC 169/2009, de 9 de julio, el Alto Tribunal se enfrenta a la demanda de unos concejales no adscritos que entienden que tal condición limita el ejercicio de su derecho de participación política, al impedirles formar parte de la Junta de Portavoces, y de las Comisiones informativas, además de no permitirles ejercer su cargo con dedicación exclusiva. En relación con este asunto el Tribunal va a señalar que “la consideración de los concejales como miembros no adscritos no impide a los recurrentes ejercer las funciones de control del gobierno local (pueden presentar mociones y escritos), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (pueden participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un

derecho individual de todos los miembros de la corporación), quedando, además, garantizado su derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones.”

Finalmente, el Tribunal afirma que la decisión de privar a los concejales no adscritos de la facultad de votar en el seno de las comisiones informativas vulnera sus derechos de participación política reconocidos en el art. 23 CE.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El *ius in officium* consagra el derecho de los ciudadanos españoles a participar de forma indirecta en los asuntos públicos a través de sus representantes, garantizando así la pervivencia del principio democrático. Este derecho se proyecta en un triple aspecto. En primer lugar, el derecho de acceso a los cargos públicos representativos de forma libre e igual para todos; en segundo lugar, el derecho a mantenerse en el cargo sin perturbaciones ilegítimas; y, por último, el derecho a ejercer los derechos inherentes al cargo, sin alteraciones indebidas.

SEGUNDA.- El primer paso para ejercer un cargo público representativo es que los candidatos cumplan los requisitos que establecen las leyes para tener tal condición. Es preciso examinar desde el punto de vista jurídico si se incurre en alguna causa de inelegibilidad. Es necesario también, comprobar que esos supuestos de inelegibilidad establecidos por el legislador son razonables y proporcionales al interés público que con su establecimiento se pretende obtener. Admitida la candidatura, y sometida está a la decisión del cuerpo electoral, es preciso que la ley garantice unas mínimas condiciones de juego limpio entre las distintas opciones en la contienda electoral.

TERCERA.- El mandato representativo en su plena integridad es indisponible para el partido político o la formación electoral a través de la cual el titular accedió al cargo. Todo derecho comporta la existencia de un deber correlativo. En el caso concreto del *ius in officium* de los representantes políticos los sujetos especialmente obligados a respetarlo son el Gobierno, los órganos rectores de las Cámaras parlamentarias y de

las Corporaciones Locales y los Grupos Parlamentarios, que son el correlato de los partidos políticos en los Parlamentos y en los Entes Locales. En esta misma línea, podemos afirmar que el *ius in officium* es un límite a la democracia de partidos. Sin embargo, abriendo los ojos a la realidad política, la teoría dogmática de la representación y, como consecuencia de ella la teoría del mandato individual y libre no se compadece con la praxis parlamentaria y política que se observa nuestro país.

De esa dogmática construida en el Estado liberal, prácticamente solo queda en pie la obligación de que la renuncia al cargo de un represen electo solo pueda ser fruto de una decisión libre y actual de este, habiéndose establecido en el ordenamiento jurídico medidas para asegurar que la voluntad de cesar en la representación no es fruto de ninguna coacción.

CUARTA.- En última instancia, los derechos o facultades de los parlamentarios y miembros de las Corporaciones locales se desarrollan en la ley y en los Reglamentos de las Cámaras, que se integran en el contenido del artículo 23.2. Por este motivo, la violación de cualquiera de dichas facultades puede ser denunciada ante el órgano de justicia constitucional, con la antesala del recurso contencioso administrativo en el caso de los miembros de las Corporaciones locales.

8. BIBLIOGRAFIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

- STC 136/1999, de 20 de julio.
- STC 161/1988, de 20 de septiembre.
- STC 71/1989, de 20 de abril.
- STC 36/1990, de 1 de marzo.
- STC 71/1994, de 3 de marzo.
- STC 24/1990, de 15 de febrero.
- STC 67/1989, de 18 de abril.
- STC 23/1984, de 20 de febrero.

- STC 51/ 1984, de 25 abril.
- STC 225/1998, de 23 de noviembre.
- STC 45/1983, de 25 de mayo.
- STC 144/1999, de 22 de julio.
- STC 71/1986, de 31 de mayo.
- STC 68/1987, de 21 de mayo.
- STC 104/1991, de 13 de mayo.
- STC 131/1990, de 16 de julio.
- STC 27/1990, de 22 de febrero.
- STC 74/1991, de 8 de abril.
- STC 72/1984, de 14 de junio.
- STC 19/1991, de 31 de enero.
- STC 243/1988, de 19 de diciembre.
- STC 36/1991, de 12 de noviembre.q
- STC 22/1997, de 11 de febrero.
- STC 51/1985, 10 de abril.
- STC 90/1985, de 22 de julio.
- STC 206/1992, de 27 de noviembre.
- STC 7/1992, de 16 de enero.
- STC 60/1982, de 11 de octubre.
- ATC 52/1983, de 9 de febrero.
- STC 81/1994, de 14 de marzo.
- STC 141/2007, de 18 de junio.
- STC 64/2002, de 11 de marzo.
- STC 361/2006, de 18 de diciembre.
- ATC 85/2006, de 13 marzo.
- STC 119/2011, de 5 de julio.
- STC 223/1992, de 14 de diciembre.
- STC 15/1992, de 10 de febrero.
- STC 36/2014, de 27 de febrero.
- ATC 1227/1988, de 7 de noviembre.

Manuales y artículos doctrinales:

- Sinopsis del artículo 23 CE, de la página web del Congreso de los diputados, elaborada por Raúl Carnosa, Prof. Titular Univ. Complutense. Diciembre 2003. Actualizada por Ángeles González, letrada de las CCGG. Enero 2011. (<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2>; visto 16/6/2017).
- GARRORENA MORALES, ÁNGEL: *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes.*. Segunda edición, Estudios Constitucionales. Véase el epígrafe II y III del tema 5, págs. 126 y 127, y págs.. 131-133.
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA: Las facultades de los parlamentarios ¿son derechos fundamentales? *Revista de las Cortes Generales*. Madrid, septiembre-diciembre 1993, nº 30. Pág. 53-100.
- GARCÍA ROCA, JAVIER: *Cargos Públicos Representativos: un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, véase los capítulos IV y V.
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA: “La validez del procedimiento electoral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10 Núm, 29 mayo-Agosto 1990.
- GILBAJA CABRERO, ESTELA: “La figura del parlamentario no adscrito”, *Corts. Revista de Derecho Parlamentario*, nº 28, año 2014, p. 166-184.
- GARCIA ROCA, JAVIER: “Representación política y transfuguismo: la Libertad de mandato”, *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, núm., 32 septiembre-diciembre 2007.
- GARCIA-ESCUADERO MARQUEZ, PIEDAD: “Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional y la nueva doctrina del Tribunal

Constitucional sobre las enmiendas a iniciativas legislativas”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº 3, Junio 2012.

- FERNANDEZ SEGADO, FRANCISCO: “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias en España”, *Foro Nueva época*, núm. 14/2011:13-72.

- FUNDACION DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Política municipal. Guía para la mejor de la calidad institucional y la eficiencia de los Gobiernos locales*, <https://gobiernolocal.org/politica-municipal-guia-para-la-mejora-de-la-calidad-institucional-y-la-eficiencia-de-los-gobiernos-locales/> (visto el día 21.09.2017), núm. 26, junio 2011, véase capítulo 5: El Estatuto de los representantes locales, págs. 138-157.