

MANDATO PARLAMENTARIO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

(Notas para una teoría de la representación
«constitucionalmente adecuada»)

FRANCISCO CAAMAÑO

«¿Cuál fue el objetivo de Licurgo al fundar la Constitución espartana? Construir un Estado. Los hombres eran considerados por él como las piedras de su edificio. Para mí, en cambio, las piedras lo son todo, la finalidad última de todo, y el edificio debe hallarse a su servicio» (E. J. SIEYÈS, *Les buts de l'état social*, 1793).

«... si la teoría de la Constitución aporta elementos y sugerencias para una metodología del Derecho constitucional, también la Constitución positiva es un elemento esencial para el desarrollo de la teoría de la Constitución» (J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 1982).

SUMARIO: I. EL «ABANDONO DEL MÉTODO JURÍDICO».—II. LA CRISIS DE LA TEORÍA DE LA DUPLICIDAD REPRESENTATIVA.—III. LA REACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LA CREACIÓN HERMENÉUTICA DE UN POLÉMICO «DERECHO FUNDAMENTAL INTERACTIVO».—V. DEL PUEBLO «REFLEJO» AL PUEBLO «TITULAR». ESTRATEGIA PROCESAL Y GARANTÍAS.—VI. EL LUGAR DE LOS PARTIDOS EN EL SISTEMA.—VII. EL ARTÍCULO 23 COMO SOPORTE CONSTITUCIONAL PARA UNA TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA.

I. EL «ABANDONO DEL METODO JURIDICO»

Tradicionalmente, el estudio del mandato parlamentario responde a un esquema perfectamente compartimentado, producto de una previa concepción estatutaria del mismo: derechos, deberes y prerrogativas formarían así sus áreas de contenido.

Esta visión intraparlamentaria y estática del mandato, construida desde la parte orgánica de la Constitución, no es ajena —más bien todo lo contrario— a determinada metodología constitucional. Método que encuentra sus raíces

en las grandes construcciones de Derecho Público europeo de finales del siglo XIX (Gerber, Laband, Jellinek, Gierke...), de marcado cuño germánico, política y conceptualmente tintadas por el principio monárquico, y que configuraron a los órganos constitucionales del Estado como los auténticos sujetos de las relaciones jurídicas diseñadas por la Norma Fundamental (1).

Esta lectura *generativa* de los sujetos políticos, desterrados de la Constitución y condenados al plano de la legalidad —Derecho Constitucional pasa, Derecho Administrativo permanece, en frase tan famosa como tergiversada de Otto Mayer, y resumen de toda una época (2)—, tendría, una vez reformulada por la Escuela de Derecho Público francesa, repercusiones inmediatas en el modelo continental: el Derecho Constitucional se minimaliza y el Derecho Público, entendido como Derecho del hombre en sociedad, se reduce en términos de teoría de organización jurídica del poder, al «Derecho del Estado» (3). El pueblo se convierte en centro abstracto de imputación jurídica

(1) El hecho de que la construcción jurídica del Derecho Público alemán nazca al servicio de la reacción antiliberal subsiguiente a 1848 y que se encuentre protagonizada inicialmente por Carl Frederich von Gerber, obviamente no permite la entera identificación de su pensamiento con el de liberales como Gneist. Sin embargo, sus postulados metodológicos, retomados eficazmente por Laband, tendrán claros elementos comunes: mientras unos construyen una Teoría del Estado al servicio de los principios monárquico-conservadores, otro la retoman con el fin de limitar el poder del monarca sometiéndolo al del Estado. Ahora bien, en uno y otro caso se genera una traslación hipostática de la soberanía del monarca al Estado y, como consecuencia, una visión *vertical* y de poder —del Estado a los súbditos— del Derecho Público. Sobre la cuestión, véase, por todos, WALTER WILHEM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1980, en especial pp. 199 y ss. Dentro de nuestra doctrina, M. ARAGÓN ha puesto acertadamente de relieve cómo «el Derecho constitucional europeo padece una suerte de dislocación conceptual, en el sentido de que gran parte de sus categorías básicas (...) guardan más coherencia con el principio monárquico alrededor del cual se construyeron que con el democrático al que hoy deben servir» (*Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 17).

(2) La tan reiterada frase, escrita en el primer párrafo del Prólogo a la 3.^a ed. de su *Derecho Administrativo* (1923), ha sido estratégicamente utilizada en nuestro país cuando, sin embargo, el jurista alemán no quiso establecer un criterio general, sino describir una situación histórica determinada. Sobre esta cuestión, véase GALLEGO ANABITARTE, en el Prólogo a la obra de MENÉNDEZ REXACH *La Jefatura del Estado en el Derecho Público español*, Madrid, INAP, 1979.

(3) Ejemplo sintomático es CARRÉ DE MALBERG, en cuya *Teoría general del Estado* efectúa una relectura del pensamiento constitucionalista de la Revolución desde la óptica de la construcción del Derecho Público alemán. El propio CARRÉ afirma que «cabe responder que si la actual teoría del órgano jurídica es la construcción alemana, los materiales de la misma han sido propiciados, en gran parte, por los trabajos y discursos de los constituyentes franceses de 1791» (*op. cit.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 985). Una lectura revisionista de su obra puede verse en GUILLAUME BACOT, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, París, CNRS, 1985.

—*l' état n' est que la nation elle-même juridiquement organisée*—, y el derecho de los ciudadanos a la participación política, en *competencia* del órgano del Estado *pueblo*: «Lo personal del Estado está no en el concepto de Estado, sino en la representación» (4).

Correlativamente, sus representantes, una vez elegidos, quedan jurídicamente desvinculados de los electores —prohibición del mandato imperativo— y su derecho a representar se «vaporiza», diluyéndose en los derechos estatutarios contenidos en los Reglamentos de las Cámaras, a la sazón considerados como normas o reglas de organización corporativa carentes de eficacia jurídica externa (*interna corporis acta*) (5).

Desde esta perspectiva, así como el conocimiento de los órganos del Estado se analiza mediante la determinación de su ámbito competencial y el análisis de los procedimientos y garantías establecidos para la consecución de los fines *prefijados* por el ordenamiento, el del mandato parlamentario se obtendría mediante el estudio del *status* del representante político, como posición jurídica predeterminada, fuera de la cual el sujeto político «representante» dejaría de existir.

Sin embargo, el mandato representativo es, en democracia, el *prius* y no el *posterius* del estatuto de parlamentario. Uno y otro no se identifican conceptualmente, aunque en el querer de la Constitución estén llamados a converger. El primero es producto de una relación de legitimación democrática entre electores y elegidos; el segundo, derivación instrumental de la necesaria incorporación del representante al órgano que constitucionalmente asume la representación: el Parlamento.

Producto de esta convergencia es el mandato parlamentario, configurado en el moderno constitucionalismo democrático como un segmento positivizado, a manera de difícil compromiso entre representación y democracia. Por esta razón, el sujeto político «representante» no agota su existencia en los esquemas jurídicos preconfigurados, gozando de *poder político*, esto es, de una autonomía constitucionalmente reconocida que no se confunde con la

(4) Esta frase de C. SCHMITT resulta claramente significativa de los derroteros a que puede conducir una concepción meramente abstracta de la representación (*Teoría de la Constitución*, Madrid, AU, 1982, p. 231).

(5) Aunque la teoría de los *interna corporis acta* se formula, para el Derecho continental, por Gneist en el IV Congreso de Juristas Alemanes (Berlín, 1863), con el fin de salvaguardar la independencia del Parlamento ante las interferencias de la Corona, lo cierto es que en el moderno parlamentarismo de partidos su estricta aplicabilidad ocasionaría una auténtica indefensión jurídica de las minorías al carecer de instancia jurisdiccional externa. Sobre el origen de esta teoría, véase L. M.^a DÍEZ-PICAZO, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Zaragoza, Cuadernos de los Studia Albornotiana, 1985, pp. 39 y ss.

mera potestad discrecional de la Administración (6). Los parlamentarios no son representantes *del* Estado (titulares de un poder público), sino representantes institucionalizados *de* los ciudadanos *en* el Estado (cargos públicos) (7), y su estatuto jurídico es un instrumento al servicio de sus fines y no, como para los sujetos administrativos, su «modo necesario de ser».

Consecuencia inmediata de lo expuesto es la necesaria inversión del método: el análisis habrá de discurrir de la plurisubjetividad de los ciudadanos, como «sujetos político-constitucionales» titulares de derechos fundamentales, a la comprensión y reconstrucción del marco constitucional y no, a la inversa, partiendo prescriptivamente del «Derecho del Estado» para llegar a los sujetos.

Este cambio de orientación metodológica ha sido caracterizado en la doctrina italiana de mediados de los ochenta como «abandono del método jurídico» (8). Expresión que intencionalmente reproduce un significado filológico preciso, y que se remonta polémicamente a los tiempos de la revolución orlandiana, en los que la escuela *giuridica* oponía su método —el genuinamente jurídico— al de la escuela histórico-política. «Abandono del método jurídico» no significa, pues, una autonegación de los juristas, sino un cambio de

(6) Aspecto este que constituye uno de los argumentos centrales del libro de G. UGO RESCIGNO *La responsabilità politica*, Milán, Giuffrè, 1967, pp. 2-7 fundamentalmente, y de quien se toma directamente la idea.

(7) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a confirmar esa distinta naturaleza de la posición jurídica del representante. Así, en su Auto 247/1982, de 22 de abril, se afirma que «los Diputados y Senadores no son, en su actuación individual, y sin mengua de la alta representación que ostentan y de la función pública que ejercen, poderes públicos (...) ni agentes o funcionarios de éstos» (FJ 4.º). Tal rotundidad se verá, no obstante, debilitada en las SSTC 101/1983 y 122/1983 (sobre el acatamiento a la Constitución), donde las connotaciones «valorativas» introducidas por la obligación, exigible a los representantes, de un «deber positivo» de sujeción a la Constitución parecía situarlos en un nivel cuasi-funcionarial. Sin embargo, la STC 119/1990, en un auténtico giro argumental motivado por la doctrina construida alrededor del artículo 23 de la CE, recuperará en toda su sustantividad la línea anterior. En esta ocasión, afirmaba el TC que «quien accede a un cargo no representativo, *por alto que éste sea* y *por trascendental que resulte la función que ha de desempeñar*, actúa sólo en nombre propio. Muy otra es, por el contrario, la posición en la que se encuentran los representantes electos, pues en el acto de la elección, sean cuales sean los intereses u opiniones que los mueven, *actúan como ciudadanos, partes del pueblo español, titular de la soberanía, cuya voluntad es la voluntad general*» (FJ 4.º). Subrayados míos.

(8) La expresión se encuentra en el documento redactado por G. ZAGREBELSKY, en la parte relativa a los estudios institucionales, en la convención: «La scienza politica in Italia: bilancio e prospettive», Milán, 17-19/5/1984. Sobre su significado y alcance, véase MARIO DOGLIANI, *Indirizzo politico (Riflessioni su regole e regolarità del Diritto Costituzionale)*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1985, pp. 2-40 fundamentalmente.

actitud: de lo prescriptivo a lo reconstructivo, de la soberanía del Estado a la no-soberanía que garantizan los derechos fundamentales (9).

Partiendo de esta premisa, en las páginas que siguen se pretende demostrar que es constitucionalmente posible un entendimiento de la representación política desde la óptica de los derechos fundamentales, y que esta lectura —constatable en nuestra jurisprudencia constitucional— incorpora una imprescindible dimensión democrática a la teoría de la representación, que permite revisar sus paradigmas y mejor adecuarla a las necesidades derivadas del moderno constitucionalismo democrático de partidos.

II. LA CRISIS DE LA TEORÍA DE LA DUPLICIDAD REPRESENTATIVA

De todos es conocido que la articulación constitucional del mandato parlamentario respondió a las necesidades derivadas del modelo de representación burgués, basado en la centralidad e impersonalidad del poder político, al que dio soporte teórico la doctrina de la soberanía nacional, en su versión acondicionada de 1791 (10) y en la de la supremacía del Parlamento como órgano

(9) Véanse notas 10 y 39 de este trabajo.

(10) La influencia doctrinaria de Carré de Malberg conducirá a la reiterada, y no menos infundada, atribución de paternidad a Sieyès de la denominada teoría orgánica de la Nación. Sin embargo, lejos estaba el vicario de Chartres de un paradigma explicativo, deudor de la Monarquía de Julio y del principio monárquico. Para Sieyès, el Estado constitucional es un Estado fundado en los derechos humanos y limitado por el Derecho: «Si la Constitución separa los poderes y cada uno de ellos se limita a su cometido especial estricto, no pudiendo desbordarlo sin incurrir en usurpación o crimen, ¿dónde situar la gigantesca idea de la soberanía?» «Esta palabra (la soberanía) se ha presentado tan colosal ante la imaginación porque el espíritu de los franceses, pleno aún de supersticiones monárquicas, se ha impuesto el deber de dotarla de toda herencia de pomposos atributos y poderes absolutos...» Tras la Constitución, que es «un código de leyes políticas obligatorias o no es nada», y cuyo objeto no es sino el de «garantizar, servir y extender los derechos del hombre», no hay soberanía interna posible, pues todos se hallan regulados por y sometidos a un ordenamiento jurídico. La única soberanía posible para el abate, como ha señalado Ramón Maíz, radica en el exterior, con carácter previo al Estado constitucional, cuando el pueblo ejercita fácticamente el poder constituyente. Por eso Sieyès teorizará el poder «constituyente instituido», y como quiera que el Estado constitucional se fundamenta y a la vez se limita por los derechos humanos, aparecerá como auténtico precursor de la justicia constitucional: «¿Deseáis proporcionar una salvaguardia a la Constitución y un freno saludable que mantenga a cada acción representativa en los límites de su procuración especial? Estableced un Tribunal Constitucional...» Las citas de Sieyès se toman del libro de E. Sieyès: *escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, CEC, 1990. Sobre esta particular cuestión, véase el trabajo de RAMÓN MAÍZ SUÁREZ «Nation and Representation: E. J. Sieyès and the Theory of the State of the French Revolution», en *Working Papers*, núm. 18, Barcelona, ICPS, 1990, y del mismo autor, «Estado constitucional y Gobierno representativo en E. J. Sieyès», en *REP*, núm. 72, 1991, pp. 45 y ss.

de expresión de los *citoyens actifs*, cuya posición dominante quedaba garantizada a través del mecanismo del sufragio función (11).

En palabras de Guizot, esta «doctrina de la duplicidad representativa» (12), unida a otros muchos elementos propios del universo teórico del primer liberalismo, como el individualismo posesivo teorizado por Macpherson (13), o la confianza kantiana en la razón como cauce de resolución de conflictos políticos, generó una suerte de «ética» del parlamentarismo clásico, que, con G. Leibholz o C. Schmitt (14), podemos decir que se fundamentaba en la idea de unos representantes neutrales, libres e independientes que, a través del discurrir racional del debate, llegaban a descubrir o revelar la voluntad soberana de la Nación, nacida a-dialécticamente por medio de un proceso público de convicción argumental.

Ahora bien, este pretendido paradigma del parlamentarismo clásico siempre fue irreal. Bajo tales apariencias se albergaba un Parlamento más aristocrático que democrático, iluminista en las formas, pero sustancialmente clientelar en su esencia. Un parlamentarismo que, como subraya M. Kriele (15), podrá subsistir mientras *represente* los intereses de una parte dominante del pueblo, que ha desterrado al ámbito extraparlamentario o a la clandestinidad sus propios conflictos con otras partes del pueblo.

Por eso, en la medida en que se produce una extensión del sufragio y la búsqueda de nuevas formas de participación política, se genera un progresivo decaimiento del modelo representativo liberal y del orden jurídico-parlamente-

(11) Sobre el origen y operatividad constitucional del nuevo modelo representativo instaurado por el Estado constitucional y su efecto de ruptura con el *Ancien Régime*, véanse, en nuestra doctrina, A. TORRES DEL MORAL, «Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional», en *REP*, núm. 203, 1975, pp. 145-208; P. DE VEGA, «Significado constitucional de la representación política», en *REP*, núm. 44, 1985, pp. 25 a 30 especialmente, y más recientemente, el interesantísimo estudio de A. GARRORENA, «Apuntes para una revisión crítica de la teoría de la representación», en *El Parlamento y sus transformaciones actuales*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 27-53.

(12) *Histoire des origines du Gouvernement représentatif*, 4.ª ed., París, 1880, pp. 23 y ss.

(13) *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, 1979.

(14) Quizá quien mejor represente esta visión sea el primer G. LEIBHOLZ, cuya obra (*Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, IEP, 1971) resulta realmente crítica con la democracia de partidos. Tesis que, sin embargo, son matizadas y reformuladas con posterioridad en su libro *La rappresentazione nella democrazia*, Milán, Giuffrè, 1989, obras estas que se citan por las ediciones manejadas. Igualmente evoca este concepto «nostálgico» del parlamentarismo C. SCHMITT como arma argumental frente al Estado de partidos, cuya problemática ocupa páginas decisivas del debate constitucional de Weimar. Al respecto, véase *Del parlamentarismo*, Madrid, Tecnos, 1990.

(15) *Introducción a la Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Dapalma, 1980, pp. 456 y 457.

tario sobre el que éste se estructuraba. Elisión del sistema representativo tradicional, que se manifestará en toda su crudeza cuando esos sectores «clandestinos» o «extraparlamentarios de población», organizados asociativamente en partidos políticos, con un grado de cohesión ideológica y disciplina interna desconocidos hasta el momento, irrumpen en el ámbito institucional, inaugurando la democracia de masas.

Obviamente, no es éste el lugar para detenernos en todas las transformaciones incorporadas por la democracia de partidos al funcionamiento del Estado, que han sido objeto de una densa polémica doctrinal que desde la época de Weimar se prolonga hasta nuestros días. En lo que aquí interesa, y a manera de síntesis, mientras que política y sociológicamente son los partidos los auténticos titulares del mandato electoral, jurídicamente esa titularidad se atribuye *intuitu personae* al representante. La prohibición del mandato imperativo, aplicada también a los partidos, obligaba a extraer esta consecuencia y, en definitiva, a afirmar que, pese a todas sus disfunciones e incoherencias, el sistema representativo-constitucional permacecía básicamente inalterable.

Por otra parte, las normas infraconstitucionales reguladoras del complejo proceso de la representación fueron paulatinamente alteradas, adecuándose a las necesidades impuestas por la dinámica de partidos. Las leyes electorales incorporaron sistemas proporcionales con listas cerradas, cuando no bloqueadas como en nuestro país, que vinieron a afianzar el protagonismo representativo de los partidos, depositarios del voto del electorado y genuinos agentes del pluralismo democrático. Del mismo modo, los Reglamentos de las Cámaras convirtieron a los grupos —expresión intraparlamentaria del partido— en los protagonistas indiscutibles de toda la actividad desarrollada en el seno de las mismas, en detrimento del otrora poder absoluto del parlamentario individual.

La contradicción entre Constitución formal y material y entre Constitución y normas infraconstitucionales era manifiesta, convirtiendo a la expresión «crisis de la representación o del Parlamento» en un auténtico lugar común de toda la literatura que se había aproximado al tema.

Nuestra Constitución, fiel a su tiempo, no podía por menos que hacer suyas todas las contradicciones que el desmoronamiento del concepto clásico de representación había introducido. Mientras que en su artículo 6, al constitucionalizar a los partidos políticos, los considera cauces imprescindibles para la participación política de los ciudadanos, otros preceptos, como el artículo 67.2 —prohibición del mandato imperativo—, el artículo 71 —prerogativas parlamentarias— o el artículo 79.3 —indelegabilidad del voto de senadores y diputados—, parecían reproducir, sin mayores alteraciones, los

esquemas representativos del primer constitucionalismo. Las contradicciones quedaban normativamente reproducidas, planteando un problema calificable por algunos como irreductible e insalvable.

III. LA REACTUALIZACION JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Pero el constitucionalismo democrático no sólo nos trajo el Estado de partidos, sino también un concepto renovado de Constitución: la *Constitución constitucionalmente garantizada*, ese paso, en palabras de R. Whal (16), que va de la constitución orgánica a la constitución material y de la garantía política a la garantía jurisdiccional.

Y en este sentido es de advertir que el valor paramétrico y normativo de la Comisión no se compadece con contradicciones constitucionales insalvables ni con normas «constitucionales e inconstitucionales».

Si nuestra Constitución consagra en su artículo 1.º el valor pluralismo democrático, y en su artículo 6 considera a los partidos como medios indispensables para la realización del mismo, la ordenación constitucional del mandato parlamentario no puede desconocer la presencia y el valor normativo de tales preceptos, aunque la realidad política para la que originariamente fue pensada responda a pautas conceptuales ya superadas.

Ante la *antinomía normativa*, el intérprete constitucional no puede oponer la «lógica de la representación» a la «lógica de la democracia», o viceversa, ni tampoco acudir a esa *fuga* hacia valores suprapositivos tan temida por Otto Bachof (17). Por el contrario, deberá operar mediante la interacción de contenidos constitucionalmente objetivos, induciendo un operativo o «constitucionalmente adecuado» de representación (18). Un concepto que, en lugar de individualizar las reglas que deben ser aplicadas a partir del arquetipo histórico-ideal, permita reconstruir las que *efectivamente son aplicadas*, en atención a la situación constitucional concreta, históricamente existente en un determinado país y resultante de la «colocación» de un específico texto cons-

(16) Citado por P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987, p. 27.

(17) *Verfassungswidrige. Verfassungsnormen?*, Tubinga, 1951. La edición que se ha utilizado es la portuguesa, traducida por Cardoso da Costa, Coimbra, 1977.

(18) En este sentido coincido plenamente con el Prof. A. GARRORENA, para quien una cosa es «la teoría aplicable a la labor de explicar la representación que existe y otra (en parte coincidente, pero en parte exorbitante de aquélla) debe ser la teoría que piensa y explica el hecho de la representación como categoría general» (*op. cit.*, p. 59).

titucional y de un particular modelo representativo y partidario en su «lógica de situación» (19).

Indudablemente, éste ha sido el camino emprendido por el Tribunal Constitucional al abordar las múltiples tensiones conflictuales que la delicada posición jurídica del parlamentario iba a suscitar en la reciente vida democrática de este país. Una senda que encuentra su punto de partida en la vía abierta por el artículo 42 de la LOTC, que, al permitir la interposición del recurso de amparo contra los *interna corporis acta*, posibilitaba la entrada de los derechos fundamentales en el interior de las Cámaras. Y como quiera que los derechos fundamentales conllevan endógenamente la idea de democracia, una mayor dosis de democratización interna, entendida ésta no sólo como procesualización crítica y dialéctica entre antagónicos, gobernada reductivamente por el principio de la mayoría —Luhman—, sino también como respeto de los derechos de las minorías, salvaguardándolos jurídicamente por normas imperforables. La Constitución-norma desnudará, a la sazón, la imagen sacralizada de la soberanía del Parlamento y rasgará sus múltiples y atávicos camuflajes de *legibus solutus*.

En efecto, el supremo intérprete de la Constitución, lejos de reproducir los esquemas iuspublicistas y representativos de la soberanía del Estado —deudores en su formulación de posiciones predemocráticas—, despierta de su letargo a los derechos fundamentales, recuperando la *esencialidad* del Estado constitucional mismo, cuyo entramado institucional no es un «ser en sí»: no hay constitucionalismo democrático sin justicia constitucional, y ésta es inimaginable sin derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, a través de una interpretación constitucionalmente favorable a los derechos fundamentales, creará un *derecho jurisprudencial de «alcance medio»* —ni positivismo estrecho ni sucedáneos constitucionales (20)— que le permitirá introducir «nuevas posiciones» dentro de la esfera normativa de los preceptos constitucionales y proceder a una lectura de la representación política y del mandato parlamentario en «clave» de parte dogmática de la Constitución, convirtiendo al Derecho parlamentario en De-

(19) El concepto se construye sobre el de «Constitución constitucionalmente adecuada» formulado por J. GOMES CANOTILHO siguiendo la línea metodológica acuñada por H. HESSE (*Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 1982, pp. 145 a 158).

(20) Este concepto de jurisprudencia constitucional de alcance medio, formulado por FRIEDERICH MÜLLER, *Richterrecht, Elemente einer Verfassungstheorie*, Berlín, 1986, p. 14, es retomado por J. GOMES CANOTILHO con referencia a cierta jurisprudencia constitucional portuguesa, de donde tomo la referencia: «Derecho, Derechos; Tribunal, Tribunales», *REP*, núms. 60-61, 1988, p. 827.

recho infraconstitucional, y a su pretendida autonomía absoluta —auténtico campo de cultivo para las inmunidades de poder—, en autonomía condicionada por el «más valor» de los derechos fundamentales.

IV. LA CREACION HERMENEUTICA DE UN POLEMICO «DERECHO FUNDAMENTAL INTERACTIVO»

Sabido es que la plataforma constructiva de este renovado concepto de representación y del *status* del representante, paulatinamente elaborado por la jurisprudencia constitucional, lo constituye un conjunto de sentencias dictadas por el Alto Tribunal en 1983 (21), como consecuencia del artículo 11.7 de la ya derogada Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, que venía a instaurar en el ámbito local el denominado *mandato de partido*.

Sentencias sumamente conflictivas tanto en el seno del Tribunal, como lo demuestran los votos particulares recaídos (22), como en el exterior, por los múltiples comentarios doctrinales que éstas han merecido (23).

Sin embargo, la consideración un tanto decimonónica de los partidos —«meros proponentes de candidaturas» (24)— que parecía desprenderse de las mismas capitalizó el interés y la crítica de la doctrina en detrimento del proceso interpretativo operado, que, a medio plazo, sobré todo tras la STC 32/1985, mostraría su verdadera operatividad constitucional. La vía abierta en aquella jurisprudencia por el Tribunal Constitucional forma hoy un «cuerpo» tan sólido, que resulta imposible hablar de Derecho parlamentario y, por tanto, de la naturaleza jurídica de los Reglamentos de las Cámaras o de las resoluciones de la Presidencia, de la facultad de calificación de la Mesa, de las Comisiones o de los *interna corporis acta*, sin que inmediatamente se nos venga a la cabeza el artículo 23 de la Constitución. Existe un antes y un después en la comprensión constitucional de nuestro Derecho parlamentario, cuyo punto primario de inflexión se sitúa en 1983, cuando el TC recupera,

(21) Se trata de las SSTC 57/1983, de 4 de febrero; 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 23 de abril, y 30/1983, de 26 de abril.

(22) Con excepción de la 28/1983, en todas estas sentencias manifestaron, en voto particular, su discrepancia los magistrados Latorre Segura y/o Díez-Picazo y/o Díez de Velasco.

(23) Véanse, entre otros, CHUECA RODRÍGUEZ, «Sobre la irreductible dificultad de la representación política», *REDC*, núm. 21, 1987, pp. 117-199; BASTIDA FREIJEDO, «Derecho de representación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos», en la misma revista y número, pp. 199-228; J. BALLARÍN IRIBARREN, «El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas», en *Poder Judicial*, núm. 5, 1987, pp. 53 a 70; R. L. BLANCO VALDÉS, *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 141 y ss.

(24) STC 10/1983, FJ 3.º.

no sin dificultad, para el ámbito de la representación política, el discurso marginado de los derechos fundamentales, oculto bajo la prohibición del mandato imperativo, la soberanía del Estado y la dinámica socializadora y procesual-participativa del *pathos* estatalista de la década de los setenta, que encumbró, acaso en exceso, el Estado de partidos. Si los derechos fundamentales todavía permeabilizan la vieja filosofía del *man versus state*, la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Constitucional sobre los parámetros del artículo 23 servirá para trazar, en el ámbito intraparlamentario, una delicada «frontera de equilibrios» en la dinámica hombre *versus* mayoría.

Interesa, pues, analizar el momento de la precomprensión constitucional y la técnica interpretativa mediante la cual el Tribunal Constitucional, en lugar de acudir a la vía más cómoda del artículo 67.2 de la Constitución —prohibición del mandato imperativo—, enjuició aquellos conflictos desde el parámetro del artículo 23.

Lo primero a subrayar es que tales sentencias tienen su origen en otros tantos recursos de amparo impetrados ante el Alto Tribunal. Advertencia ineludible, puesto que el cauce procesal utilizado, lejos de ser un mero referente adjetivo, se convierte en elemento fundamental para la comprensión última de estos pronunciamientos jurisprudenciales.

En efecto, lo que se solicitaba del Tribunal Constitucional no era la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 11.7 de la Ley 39/1978, entre otras razones porque para ello no estaban *legitimados* los recurrentes, sino la reparación de lo que éstos consideraban violación de un derecho fundamental que, obviamente, para ser merecedor de amparo, debería ubicarse entre los del núcleo duro del artículo 53.2 de la Constitución. Más aún: en el recurso de amparo número 375/1981, que da lugar al primero de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la cuestión, se apuntaba que tal derecho (ciertamente, por exclusión, el único posible que se podía invocar con pretensión de conseguir el amparo) era el artículo 23.2 de la Constitución, que garantiza a los ciudadanos el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos *con arreglo a los requisitos que señalen las leyes*. Es éste un derecho *no sustantivo* (25), de igualdad formal,

(25) *Sic* STC 47/1990, de 20 de marzo: «El artículo 23.2 no significa un derecho fundamental sustantivo de acceso a las funciones y cargos públicos, por lo que no es lícito concluir que queda infringido si los requisitos que condicionan dicho acceso no se regulan exclusivamente por normas con rango de ley» (FJ 7.º). Un comentario de esta sentencia puede verse en M. PULIDO QUECEDO, «Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas», *REDC*, núm. 30, 1990, pp. 161 y ss. Resulta, pues, que la configuración legal a la que remite el artículo 23.2 de la CE no lo es a la ley, sino al bloque de legalidad —ley y reglamentos—. Sobre este concepto véase I. DE OTTO, *Derecho Constitucional (Sistema de fuentes)*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 157.

que cubre también el de permanecer y mantenerse en el cargo, pero sobre todo de indiscutible *configuración legal*, como posteriores pronunciamientos vendrán inequívocamente a reconocer (26).

Ahora bien, curiosamente, el artículo 23.2 de la CE no había sido en modo alguno vulnerado, toda vez que la pérdida del mandato por expulsión del partido se había operado con *arreglo a lo dispuesto en las leyes* (art. 11.7 de la Ley 39/1978). Cuestión distinta sería si al Tribunal se le solicitase por vía del recurso de inconstitucionalidad que se pronunciase sobre la idoneidad constitucional del mencionado precepto legal.

Sin embargo, el supremo intérprete de la Constitución convertirá el amparo solicitado en un auténtico juicio sobre la inconstitucionalidad *in abstracto* del artículo 11.7 de la referida Ley, aunque con todas las limitaciones propias del cauce procedimental emprendido, lo que le obligaba a enjuiciar la constitucionalidad de la pérdida del cargo representativo por expulsión del partido al trasluz de la *previa* existencia de un derecho fundamental.

Como quiera que no existía una vulneración autónoma del artículo 23.2 de la CE, el Tribunal Constitucional acude a la técnica de la «intercambiabilidad de cláusulas constitucionales» (27), poniendo en íntima conexión el artículo 23.2 con el bien que distinto derecho consagrado en el párrafo primero del mismo artículo, a saber: el que tienen los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes.

Surge así un «derecho fundamental interactivo», inexistente en la literalidad constitucional, que se formula originariamente en los siguientes términos:

«... el daño que los ciudadanos, como representados, padezcan no es lesión de un derecho propio, sino *reflejo* de la vulneración de un derecho ajeno, pues el trato discriminatorio de que puede ser objeto el representante (...) afecta en primer lugar a su propio ámbito protegido, y sólo indirectamente, y en la medida en que lo desplace de su cargo o función, (...) a la situación jurídica de los representados» (STC 10/1983, FJ 2.º).

El Tribunal proyecta la subjetividad procesal del artículo 32.2 (cargo público) sobre el artículo 23.1 y tiende un difícil puente de engarce entre los

(26) SSTC 5/1983, de 4 de febrero; 28/1984, de 28 de febrero, y 136/1989, entre otras muchas.

(27) Sobre la intercambiabilidad de cláusulas constitucionales y su aplicación en nuestra jurisprudencia constitucional, véase E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 362 y ss.

dos apartados del artículo 23 de la CE, de cuya ósmosis brota una distinta dimensión que justifica el conocimiento del asunto en amparo. Lectura esta más que discutible y, cuando menos, hartamente compleja por esa suerte de cotitularidad que refleja representante/representado. No en vano los firmantes de los votos particulares vertidos en este conjunto de sentencias insistieron en la idea de que, aunque el artículo 23.1 de la CE consagre el principio de participación democrática como derecho fundamental, esto no es «base suficiente para que un representante alegue como *propio* un derecho fundamental sólo reconocido expresamente a los electores» (28).

Ahora bien, el Tribunal no resta, adiciona; no reduce, amplía. Tanto el artículo 23.1 como el 23.2 no pierden su sustantividad jurídicamente independiente y operativa. La interpretación constitucional no establece «nuevas condiciones» ante eventuales lesiones *autónomas* de los derechos fundamentales contenidos en el tantas veces mencionado artículo 23 de la Constitución. Contrariamente, crea una nueva dimensión, que tiene por único elemento subjetivo el *cargo público representativo*, esto es, aquel que tiene una legitimidad democrática *directa* independiente de la derivada del conjunto del sistema constitucional (29). Por eso el derecho fundamental «interactivo» así generado no resultará de aplicación a los representantes políticos de segundo grado (30).

Por lo dicho se comprende que cualquier cargo público, sea representativo o no, puede invocar en amparo el artículo 23.2 de la CE cuando el acto lesivo desconozca la «legalidad» que configura su *status*. Ahora bien, si es la propia esfera legal y no el acto de aplicación la que resulta lesiva, entonces sólo podrá invocar un derecho fundamental *sustantivo* o aguardar a que dicha ley sea atacada en vía de inconstitucionalidad, porque en modo alguno se ha conculcado el artículo 23.2 de la CE. Sólo cuando de cargos públicos representativos se trata, o sea, los elegidos directamente por los ciudadanos, esa invocación es factible, porque, en tal caso, el artículo 23.2 se une «indisolublemente» al 23.1 (31), toda vez que el representante actúa como soporte indispensable para la realización del derecho de los representados a la participación en los asuntos públicos. De este modo, a través del sujeto represen-

(28) Véanse votos particulares referidos en nota 22.

(29) En efecto, sólo cuando de cargos públicos de representación política se trate, es legítima esa interconexión, pues sólo para ellos en derecho que define el artículo 23.2 de la CE «es un reflejo del Estado democrático en el que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado» (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4.º).

(30) Así lo declara la STC 5/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º).

(31) La expresión es literalmente utilizada por el TC en su reciente sentencia 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4.º

tante es defendible una eventual lesión «legal» que, so pretexto de configurar su *status*, violente el derecho de los ciudadanos a verse representados.

Las consecuencias de una tal interpretación no se hicieron esperar. La representación política no sólo es un mero proceso de mediación temporal, una kelseniana «relación de creación» (32) o una cualidad formalmente atribuida a los órganos constitucionales periódicamente elegidos, en fórmula ya clásica de Martines (33). La representación política también es el «cauce necesario», la expresión permanente y realizada de ese derecho interactivo consagrado como fundamental en el artículo 23 de la Constitución. Corresponde a las leyes electorales y a los Reglamentos de las Cámaras ordenar en el plano infraconstitucional el complejo proceso de la representación, sus distintos momentos y plurales rostros. Pero en ningún caso podrán desconocer el «derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella» (34), que no es otro que el de representar y ser representados; participar en los asuntos públicos y a la vez sentirse partícipes.

La representación, entendida ahora como «unidad de voluntad», tomará singular carta de naturaleza en el mandato parlamentario, que no se confunde con la mera configuración *legal* de su *status*. El mandato, orden política de representación, condensa en inescindible unidad los derechos del artículo 23 de la Constitución. Ciertamente que su adquisición, permanencia y ejercicio se configurarán con arreglo a lo que dispongan las leyes (art. 23.2); en este caso, básicamente, los Reglamentos parlamentarios. Pero si esa determinación reglamentaria afecta mediatamente al derecho de los ciudadanos a verse representados, lo *legal* cede ante lo *constitucional* y lo interno se convierte en externo (35). Por eso no toda violación de Reglamento comporta una correlativa violación de un derecho fundamental o, expresado en otros términos, no es correcto incluir en el bloque de la constitucionalidad relativo al artículo 23 todas las normas de los Reglamentos que disciplinan las facultades de actuación de las Cámaras (36). De este modo, el mandato parlamentario se

(32) *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1975, p. 405.

(33) *Diritto Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1987, p. 254.

(34) *Sic* STC 10/1983, FJ 2.º

(35) En palabras del propio TC, «el derecho que la Constitución (art. 23.1) garantiza a todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afectan a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente y es vulneración del derecho de representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados» (STC 10/1983, FJ 2.º)

(36) Véanse, entre otros, los AATC 12/1986, de 15 de enero, FJ 2.º, y 292/1987, de 11 de marzo, FJ 2.º.

invierte de una mínima pero irreductible *vertiente fundamental* que no puede ser quebrantada por norma infraconstitucional alguna al gozar de la «resistencia jurídica» de la Constitución misma.

V. DEL PUEBLO «REFLEJO» AL PUEBLO «TITULAR».
ESTRATEGIA PROCESAL Y GARANTIAS

Cuanto más reflexionemos sobre esta jurisprudencia constitucional en mayor medida se deterioran viejas categorías lógico-formales. Si los sujetos de la relación representativa son titulares de derechos fundamentales, lo representado no es tan sólo la voluntad del pueblo o de la Nación, en su genuina caracterización como centro abstracto de imputación jurídica. La Nación, ente de razón por excelencia, no puede ser titular de derecho fundamental alguno. Lo mismo podemos decir del pueblo, órgano primario del Estado en la construcción de Jellinek (37), o del pueblo kelseniano, condenado por su «formalismo piramidal» a mero campo de aplicación del ordenamiento jurídico (38).

Tampoco el derecho a la participación política de los ciudadanos a través de representantes se agota en el momento de la elección. Este persiste en cierta manera, pues toda conculcación del *status* del representante que mediamente pueda afectar a este derecho de los representados es, como anteriormente se ha verificado, susceptible de amparo constitucional.

Y, sin embargo, no hay que ver la sombra de Rousseau donde éste nunca ha estado. Lejos se halla el Tribunal Constitucional de la soberanía fragmentada, de la democracia de identidad y del mandato imperativo.

No cabe hablar de soberanía de la Nación, pero tampoco de soberanía «alícuota» porque el pueblo titular de derechos fundamentales niega *dentro* del Estado constitucional toda soberanía (39). De igual modo, «la unidad de

(37) *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 442 y ss.

(38) Formulación todas ellas sobre las que incide *mutatis mutandi* el peso de la construcción teórica de Gerber, que partía del ciudadano como «objeto del derecho estatal de señorío» y cuyos derechos subjetivos públicos eran el «reflejo» de un segundo momento de esa «sumisión estatal». Los ciudadanos son primero súbditos del Estado y, como causa derivada de ello titulares de derechos ante el Estado: «la formulación jurídica de la sustancia estatal debe aparecer, por el sistema, como elemento principal caracterizante, y, por el contrario, la configuración de los derechos civiles que yo sólo, figurativamente, he llamado derechos reflejos, para designar su relación genética, debe considerarse, desde este punto de vista, como derivada» (*Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, citado por WALTER WILHEN, *La metodología jurídica...*, op. cit., p. 139).

(39) El argumento, magníficamente expuesto por M. KRILE, *op. cit.*, es desarrollado en nuestra doctrina por I. DE OTTO, para quien, «si el pueblo tiene poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente» (*op. cit.*, p. 55).

voluntad en que la representación consiste» no significa sometimiento *jurídico* del representante a los representados. No se trata de desempolvar *cahiers d'instructions*, sino de analizar garantías normativas de los derechos fundamentales.

En efecto, el derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos sucumbe en el momento de la elección como derecho-ejercicio, pero perdura como derecho-valor. Un derecho-valor que informa plural y democráticamente la posición jurídica del representante frente a actos de poder, aunque éstos vengan respaldados normativamente por la «configuración legal» de la mayoría. No existe, pues, un cambio en la titularidad subjetiva del derecho a la participación política consagrado en el artículo 23.1 de la Constitución. Si el representante puede invocar este derecho de los ciudadanos en conexión con el suyo propio (art. 23.2) no es porque tras la elección se convierta en un impropio titular jurídico del mismo, sino porque, en la medida en que instrumentaliza el derecho de los ciudadanos a verse representados, queda procesalmente legitimado para su defensa.

Por eso no existe contradicción cuando el Tribunal Constitucional afirma que «los representantes lo son del pueblo español como unidad, pero también, *aunque en otro sentido*, de sus electores, porque el mandato que cada uno ha recibido es producto de la voluntad de quienes lo eligieron» (40). Y no la hay porque ese «en otro sentido» no significa mandato imperativo, sino representación procesal, legitimación ante el Tribunal Constitucional para hacer valer el derecho fundamental de los ciudadanos a verse representados mediante la defensa de sus propios derechos: garantía constitucional frente a mayoría legislativa.

De este modo, la «vertiente fundamental del mandato» protege al representante frente a potenciales abusos de las mayorías y le garantiza un mínimo de derechos que no pueden ser desconocidos por norma infraconstitucional alguna. Pero, a la vez, también defiende la voz de las minorías, su capacidad para intervenir en el proceso de adopción de decisiones: su derecho a «ser oídas». Pluralismo democrático en fin, democracia por la representación y, no orgánicamente, representación para la democracia.

VI. EL LUGAR DE LOS PARTIDOS EN EL SISTEMA

Resulta fácilmente constatable que en el Estado postsocial, el discurso de los derechos fundamentales y su narratividad positivizada como límites intan-

(40) STC 119/1990, de 15 de febrero, FJ 7.º; también, aunque con referencia al cuerpo electoral municipal, véase STC 32/1985, de 6 de marzo.

gibles, recupera, bajo distintas variables, aquellos ámbitos de privacidad que Constant simbolizaría como «libertad de los modernos» (41).

Por eso la construcción de una teoría de la representación, y aun de la Constitución misma desde la óptica de los derechos fundamentales, corre el riesgo de retornar a esquemas de pensamiento precríticos y a tiempos preparatidarios. Si la Constitución normativa es, sustancialmente, los derechos fundamentales y las estructuras de poder endógenas a los mismos —básicamente Parlamento y Poder Judicial—, pudiera parecer que la norma que constitucionaliza a los partidos políticos es una norma «anclada» (42) en la Constitución, incluida en su articulado para «pacificar» un sector de la realidad mediante su mayor resistencia jurídica. De seguirse esta línea sustantivadora, pero sin duda minimalista de la Constitución normativa, y arrimar al razonamiento otros argumentos derivados del debilitamiento estructural e ideológico que experimenta la mecánica ideal de partidos en las actuales democracias, pudiera llegarse, en fin, a cuestionar lo incuestionable. A olvidar que el constitucionalismo democrático llega de la mano de los partidos y que sin su capacidad de mediación-reducción el pueblo deja políticamente de existir, por muchos derechos fundamentales que jurídicamente se le reconozcan a los ciudadanos que lo integran. Más aún: la historia demuestra que allí donde no hay democracia de partidos los derechos formalmente fundamentales degeneran en meras «tolerancias».

Los partidos, se ha dicho, sin ser órganos del Estado, son su osamenta. Símil fisiológico no trasladable, sin embargo, al ámbito de la Teoría de la Constitución-norma. Porque la norma que constitucionaliza a los partidos políticos es una parte *vital* de la Constitución y, como tal, garantía política de los derechos fundamentales. Partidos y derechos son el oxígeno y el sistema de inmunidad del constitucionalismo democrático.

Ahora bien, el problema estriba en determinar qué rol constitucional corresponde a los partidos desde un entendimiento de la representación política en sede de derechos fundamentales.

Evidentemente, ésta era la cuestión de fondo sobre la que gravitaba la precomprensión de aquella jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 1983. Y, ciertamente, en aquella ocasión los partidos políticos salieron malparados. La construcción de la representación como «relación fundamental», basada en la «unidad de voluntad», excluía conceptualmente estructuras po-

(41) «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1819)», contenido en el libro *Cours de Politique Constitutionnelle*, por BENJAMIN CONSTANT, vol. IV, París, 1820, pp. 238 y ss.

(42) En el sentido teorizado por E. FORSTHOFF, *Festschrift E. R. Huber*, 1973, p. 7, citado y comentado por KLAUS STERN, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1987, p. 212.

líticas de mediación, de suerte que el protagonismo representativo de los partidos quedaba relegado a la categoría de dato no jurídico de la realidad.

La técnica de los derechos fundamentales obligaba a individualizar titulares de los mismos y, de este modo, desconocía a los partidos por otras razones, pero con efectos similares a los del primer liberalismo.

Pese a todo, no se puede ignorar que el Tribunal Constitucional, como no podía ser de otro modo tratándose de un órgano jurisdiccional, dirige su esfuerzo a la resolución puntual de los conflictos planteados interpretando el parámetro constitucional de acuerdo con determinado supuesto de hecho: en este caso, la viabilidad, constitucional o no, del mandato de partido. Será la definitiva declaración de inadmisibilidad constitucional del mismo la que fuerce todo el razonamiento, e incluso cabría preguntarse si para llegar a tal resultado —acaso, en términos político-constitucionales, el único posible— no sería mejor solución acudir, lisa y llanamente, a la prohibición del mandato imperativo del artículo 67.2 de la Constitución.

Sin embargo, la técnica de la intercambiabilidad de cláusulas constitucionales y el reenvío al plano de la legalidad efectuado por el artículo 23.2 introducirán progresivamente nuevos horizontes a la interpretación constitucional que, a la manera de bergsonianos impulsos vitales, irán configurando, desde distintas vertientes, un cuerpo cerrado, sistémico y coherente, que permitirá el definitivo ensamblaje de la posición jurídica de los partidos en nuestro sistema constitucional y, a la sazón, el abandono de los rancios postulados del primer liberalismo, que, en frase de uno de sus representantes —Triepel—, consideraba aberrante afirmar que el Estado moderno se fundamentase sobre los partidos políticos (43).

El frente de apertura, como no podía ser de otro modo a la vista de los antecedentes, no fue el de las relaciones representante/partido, sino fundamentalmente la esfera electoral y parlamentaria, incuestionable jurídicamente antes de existir justicia constitucional, y que en aparente contradicción con la doctrina de la prohibición del mandato imperativo, sancionada constitucionalmente, responde en toda su filosofía interna a las exigencias estructurales del Estado de partidos.

Pues bien, el derecho interactivo del artículo 23 de la Constitución, lejos de servir de espada de Damocles del Estado de partidos, servirá para la realización constitucional del mismo y para la superación de la contradicción,

(43) *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlín, 1927, p. 12, citado por la obra utilizada *Derecho Constitucional y realidad constitucional*, en KURT LENK y FRANZ NEUMAN (edits.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Barcelona, Anagrama, 1980, p. 188.

tantas veces apuntada, entre realidad política y jurídica. La copiosa jurisprudencia constitucional vertida con ocasión del mismo pone inequívocamente de relieve que el artículo 6 de la Constitución no es un precepto meramente declarativo ni «una norma anclada» en aquélla, sino un instrumento de realización constitucional que se comunica íntimamente con el valor «pluralismo político». De este modo, como acto seguido se podrá comprobar, la jurisprudencia constitucional «constitucionaliza» definitivamente la dinámica representativa del Estado de partidos, dotándola de específica relevancia jurídica y sometiénola a un único límite-garantía: *la vertiente fundamental del mandato*.

En palabras del propio Tribunal Constitucional, contenidas en su STC 32/1985, de 6 de marzo, y expresamente recuperadas por la aún más reciente STC 119/1990, de 21 de julio, lo que da cuenta de la sustantividad de las mismas:

«la inclusión del pluralismo político como valor jurídico fundamental (art. 1.1 de la CE) y la consagración constitucional de los partidos políticos como expresión de tal pluralismo, cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos (art. 6 de la CE) dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes y hacen que, en consecuencia, esa adscripción no pueda ser ignorada ni por las normas infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano en que tales representantes se integran, ni por el órgano mismo en las decisiones que adopte en el ejercicio de las facultades de organización que es consecuencia de su autonomía».

Esta presunción de legitimidad constitucional de las normas —básicamente electorales y parlamentarias— vertebradoras del Estado de partidos, fundamentada en el valor pluralismo político, sólo cede en aquellos casos —como se podrá comprobar, los menos— en que su aplicación conculque el derecho fundamental del artículo 23 de la CE, esto es, cuando la prevalencia del partido mayoritario anule el valor pluralismo político en que se fundamenta.

Por tanto, una teoría de la representación desde la óptica de los derechos fundamentales no excluye a los partidos, *los presupone*; no los formaliza, los incorpora como elemento *necesario* de realización, y sólo en la medida en que el Estado de partidos pueda degenerar en abuso de partidos hace prevalecer el mayor valor de los derechos fundamentales frente a la dinámica de las mayorías partidarias.

Por eso, siguiendo la propia jurisprudencia constitucional, en un sistema electoral como el nuestro los ciudadanos votan a listas y no a candidatos (STC 75/1985, de 21 de junio) (44) y no violan el artículo 23 de la Constitución la exigencia del porcentaje mínimo de votos que para ser proclamado electo impone la LOREG (SSTC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5.º, y 72/1989, de 20 de abril, FJ 3.º), el establecimiento de nuevas causas de inelegibilidad (ATC 545/1983, de 25 de mayo, FFJJ 1.º y 6.º), que en los cargos políticos de naturaleza política se dé preferencia a los correligionarios (STC 32/1985, FJ 5.º), la imposibilidad reglamentaria de presentación de enmiendas a título individual (ATC 12/1986, de 15 de enero, FJ 3.º, y STC 23/1990, de 15 de febrero, FJ 5.º), la inadmisión a trámite de interpelaciones (ATC 614/1988, de 23 de mayo) o la suspensión de la condición de parlamentario conforme a lo reglamentariamente preceptuado (ACT 1.227/1988, de 7 de noviembre), entre otros muchos pronunciamientos.

Aspectos todos estos que se integran en la «configuración legal» del *status* del representante (art. 23.2) y cuya constitucionalidad resulta impensable desde las categorías prepartidarias que caracterizan el diseño representativo del primer constitucionalismo.

Pero al lado de este indudable reconocimiento constitucional —y no meramente legal y contradictorio con lo dispuesto en la Constitución— del Estado de partidos, la vertiente fundamental del mandato aparece como «la compensación necesaria» de los derechos, que no de las razones, de las minorías parlamentarias. Y en este sentido huelga recordar que en los sistemas de mayoría parlamentaria-gubernamental la tensión sistémica mayoría/minoría oposición que ha venido a sustituir al antiguo eje Parlamento/Ejecutivo es un elemento básico, por no decir el primario, para la vivificación democrática de las opciones políticas y para la validez del efecto legitimador que a las mismas le imprime el Parlamento.

Un ejemplo, en apariencia distante del tema que nos ocupa, pero sumamente indicativo de las transformaciones experimentadas por el constitucionalismo democrático de partidos, sirve para reforzar, desde otra óptica, el argumento. Se trata del siempre delicado tema de la reserva de ley.

Edificada, al igual que el estatuto del parlamentario, sobre el concepto de soberanía del Estado y, por tanto, vinculada *defensivamente* al principio monárquico como «reserva de Parlamento», es hoy, en aquel sentido prístino, historial constitucional.

(44) *Sic*, «en un sistema de lista como el vigente en nuestro ordenamiento electoral no cabe hablar de votos recibidos por candidatos singularmente considerados, sino, en relación con éstos, de cocientes...».

El Parlamento ya no tiene que salvaguardar su ámbito normativo de un Gobierno que no es autocrático, sino representativo, y que cuenta con el respaldo mayoritario de la Cámara. Por tanto, la reserva de ley, tal como ha puesto de relieve la doctrina, sólo puede ser concebida en la actualidad como reserva de *procedimiento legislativo* (45). Un procedimiento que se caracteriza por su contradicción y publicidad, esto es, por la posibilidad de que la materia objeto de reserva sea políticamente debatida y contrastada. La decisión final queda lógicamente en manos de la mayoría, pero ello no obsta la participación de las minorías, garantizándose el pluralismo y el relativismo propio de toda democracia, en la que, como señala I. de Otto, no es la mayoría la que define la verdad, porque «no hay más verdad que la que resulta del libre juego de opiniones» (46).

Sin embargo, difícilmente la reserva de ley, entendida ahora como reserva de procedimiento, cumpliría mínimamente con su función de garantía si la mayoría parlamentaria pudiese disponer libremente de las normas intraparlamentarias que lo regulan o pudiese obstaculizar mediante actos internos —inadmisión a trámite, no inclusión en el orden del día...— las posibilidades participativas de las minorías parlamentarias. La denominada «disponibilidad» del Derecho parlamentario, fundamentada en su flexibilidad normativa, no pocas veces es un arma de doble filo en manos de la mayoría.

Otro tanto cabría decir de los mecanismos parlamentarios de control político del gobierno, cuya instrumentación por la mayoría los priva prácticamente de eficacia alguna. Los problemas planteados en nuestro país por la función de calificación de la Mesa, la confección del orden del día o la constitución de comisiones de investigación dan buena prueba de todo ello.

Ante esta realidad, la *vertiente fundamental del mandato* parlamentario, construida jurisprudencialmente sobre el artículo 23 de la Constitución, se nos presenta también como cierta garantía de «procedimiento» y de la actividad parlamentaria de control. Por eso, para el Tribunal Constitucional, forma parte de la misma la facultad de recabar datos, informes y documentos de la Administración (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, y 189/1989, de 3 de noviembre), y resultan lesivos de aquélla la suspensión del mandato sin apoyo reglamentario (STC 136/1989, de 19 de julio), la imposición de una fórmula rigurosamente formal para instrumentalizar el control-acatamiento (SCT 119/1990, de 29 de julio), la negativa del órgano representativo de crear un grupo mixto, aunque éste no existiera previamente y lo fuere para incorporar un único representante (STC 172/1988, de 3 de octubre) y la inadmisión a trámite

(45) Por todos, véase I. DE OTTO, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

(46) *Op. cit.*, p. 143.

de una moción contra lo reglamentariamente dispuesto de modo específico por el Reglamento de la Cámara (STC 205/1990, de 13 de diciembre), entre las múltiples resoluciones que se podrían traer a colación.

VII. EL ARTICULO 23 COMO SOPORTE CONSTITUCIONAL PARA UNA TEORIA DE LA REPRESENTACION CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA

Toda jurisprudencia, también la constitucional, es por naturaleza contingente y, por tanto, impredecible. Los tribunales no se mueven por la teoría, sino por un principio de estímulo-respuesta. Resultaría ingenuo, pues, elevar la jurisprudencia a teoría en entero desconocimiento de las circunstancias endógenas —supuesto de hecho— y exógenas —realidad social, situación política...— que la motivan.

Sin embargo, la rentabilidad interpretativa y la eficacia resolutoria obtenida por el Tribunal Constitucional a partir del artículo 23 de la Constitución le confiere a éste un cierto carácter de autosuficiencia explicativa que permite un entendimiento constitucionalmente «autónomo» (47) de la relación representativa en nuestro sistema constitucional, diferenciándolo singularmente de otros, política y jurídicamente próximos.

En efecto, la incorporación de los derechos fundamentales a la teoría de la representación sería jurisprudencialmente imposible de no existir el artículo 23 de la Constitución. Artículo este curiosamente inusual en nuestro entorno comparado, pero cuya sustantividad normativa queda al margen de toda duda dada la rentabilidad que el mismo ha obtenido en la jurisprudencia constitucional.

Item más: los derechos fundamentales del artículo 23 de la CE despliegan alternativamente su eficacia en una doble dirección. El de su párrafo segundo sirve de parámetro autónomo para enjuiciar posibles aplicaciones discriminatorias de las disposiciones reglamentarias o normas —acuerdos de la Mesa, Resoluciones de la Presidencia...— de similar naturaleza (48). Mientras que

(47) En este sentido, el Tribunal Constitucional ha enjuiciado, desde la órbita del artículo 23 de la CE, tanto las relaciones representantes/electores y representantes/partido como las derivadas de la relación representante/órgano, analizando la posición constitucional de todos estos operadores a la luz de la «nueva» proyección normativa que a las mismas les otorga este precepto constitucional.

(48) Sin duda, una de las cuestiones más conflictivas de nuestro Derecho parlamentario lo constituye el propio diseño interno de sus distintas fuentes normativas y la posición jerárquica de las mismas. Así, por resaltar un supuesto, el TC consideró, en su STC 118/1988, de 20 de

la conexión de este derecho, de igualdad formal con el de la participación política del artículo 23.1 de la CE, permite un juicio sustantivo sobre la inconstitucionalidad de la norma o un acto de aplicación directa de la misma que, al afectar a la posición jurídica del representante, pueda considerarse lesiva del derecho de los ciudadanos a verse representados.

Será el juego combinado de ambos parámetros lo que permita al Tribunal Constitucional efectuar, en uno y en otro caso, un «juicio de razonabilidad» entre a) la representación democrática de los partidos y la centralidad política que en la misma corresponde a la mayoría parlamentaria-gubernamental, y b) sus respectivos «límites».

Dos breves ejemplos, entresacados de la propia jurisprudencia constitucional, sirven para ilustrarlo:

1) STC 23/1990, de 15 de febrero, sobre inadmisión a trámite de una enmienda con texto alternativo:

«... el derecho fundamental que, eventualmente, habría sido conculcado no es —al menos no directamente— el de la participación en los asuntos públicos al que alude el apartado primero del artículo 23, sino el que reconoce el apartado segundo, en cuanto que, según la queja del recurso, se había impedido a los diputados recurrentes el ejercicio de una facultad —la de enmienda— que se integra en el *status* del cargo público que desempeñan. E igualmente hay que añadir que el derecho que se consagra en este precepto constitucional es un derecho de configuración legal (...), con lo cual es claro que no se lesionaría tal norma si la exigencia de los requisitos generales establecidos con carácter general por las leyes se aplica según criterios razonables que excluyan toda idea de discriminación» (FJ 3.º).

2) STC 119/1990, de 21 de junio, sobre la fórmula de acatamiento a la Constitución:

El mandato de los representantes es «producto de la voluntad de quienes los eligieron, determinada por la exposición de un programa

junio, que las normas dictadas por la Presidencia del Congreso, en uso de la facultad que le atribuye el artículo 32.2 del Reglamento, se integraban en éste, por lo que deberían ser objeto de recurso de inconstitucionalidad y no de amparo. Sin embargo, en la STC 119/1990, de 21 de junio, precisa que esta equiparación entre normas reglamentarias y resoluciones presidenciales, desde el punto de vista de la impugnabilidad, no «equivale a una equiparación desde todos los puntos de vista y a todos los efectos» (FJ 5.º).

político jurídicamente lícito. La fidelidad a este compromiso, que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo (...), no puede ser desconocida ni obstaculizada, como se ha hecho en este caso mediante la prohibición de añadir la expresión “por imperativo legal” en el momento mismo de prestar el acatamiento (...), porque, en definitiva, este impedimento es una lesión que también repercute en el derecho que la Constitución garantiza (...) a sus lectores de participar en los asuntos públicos a través de representantes» (FJ 7.º).

A diferencia, pues, de la representación-poder, propia de la soberanía del Estado, que contrapone antagónicamente «representación» y «democracia», partidos políticos y Constitución, la representación política, concebida desde la óptica de los derechos fundamentales, pondera la representación democrática de partidos como inequívoca realidad constitucional con otros derechos (art. 23 CE) y valores (pluralismo político, art. 1.1) constitucionales.

La autonomía política del representante ya no descansa en la prohibición del mandato imperativo, sino en el mayor valor de los derechos fundamentales del artículo 23 de la Constitución. Claro está que siempre se podrá argumentar que, en lo realmente importante, uno y otro camino conducen a idéntico resultado: la prohibición constitucional del mandato de partido.

Sin embargo, entronizar la viabilidad constitucional del mandato de partido y convertirlo en el elemento neurálgico de la moderna democracia de partidos me parece una simplificación hacia lo imposible que conduce, con mucho, a una reiterada reafirmación de los antagonismos en un debate que se presenta como interminable y que, no obstante, se encuentra en buena medida fenecido.

En efecto, la prohibición del mandato imperativo, en consonancia con la teoría de la representación que lo fundamenta, comporta desde la óptica explicativa del constitucionalismo democrático una inexorable contraposición entre Política y Derecho, democracia y representación, partidos y Constitución, Estado y pueblo. Ahora bien, esta cadena de contradicciones no es consecuencia del modelo constitucional-representativo, sino de nuestro empeño por intentar acomodar sus categorías a un principio —el democrático— que le es por entero desconocido y que incluso pretende originariamente negar.

Por el contrario, una concepción de la representación política articulada sobre la dogmática de los derechos fundamentales no genera contradicciones de tal magnitud porque ella misma incorpora como elemento esencial el principio democrático. Mientras la primera desconoce al democracia de partidos, la segunda la toma como presupuesto. Esto es, a mi modo de ver, lo realmente importante, lo que marca la distancia entre uno y otro modelo

explicativo y lo que otorga, en definitiva, distinta naturaleza a todos sus planteamientos.

Modelo ex 67.2

Estado
 órganos
 representación
 garantía institucional: autonomía absoluta del Parlamento

representante/
 independencia

prohibición del mandato imperativo.

Modelo ex 23

Pueblo
 derechos
 fundamentales
 democracia
 garantía política: los partidos políticos como cauce de realización de los derechos fundamentales

lealtad democrática/
 autonomía

límites al mandato de partido como consecuencia del valor pluralismo político.

El primero de los modelos ha ofrecido muestras palmarias de su incapacidad para explicar el fenómeno de la representación en el constitucionalismo democrático de partidos. Su aplicación a esta realidad concluye siempre en lo que ya es un tópico: la prohibición del mandato imperativo es un «fósil constitucional» (49). Ahora bien, paradójicamente, cuando el conflicto surge, la norma constitucional que lo establece recupera atávicamente su vigencia. Así ocurre, por ejemplo, en Italia, donde la *Corte Costituzionale*, en su sentencia núm. 14, de 17 de mayo de 1967, afirmará que no invalida la ley resultante ni puede ser causa de pérdida del escaño el quebrantamiento de la disciplina de voto impuesta por el partido porque la *irrelevanza giuridica* del artículo 67 de la Constitución (prohibición del mandato imperativo) invocada por los recurrentes no excluye su *effettiva vigenza* (50).

Muy otra es la conclusión a que conduce la jurisprudencia constitucional española articulada sobre el artículo 23 de la Constitución, que no necesita del ave Fénix de la prohibición del mandato imperativo. Partiendo de la democracia de partidos como realidad constitucional, los derechos fundamentales del artículo 23 actúan como límite entre disciplina partidaria y pluralismo, de suerte que la negación del mandato de partido, que, en ciertos supues-

(49) La frase es de F. MORSTEIN MARX, «Rechtswirklichkeit und freies Mandat», en *Zeit öff Recht*, 1926, p. 442.

(50) Sentencia comentada por A. SPADARO, «Riflessioni sul mandato imperativo di partito», en *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, núm. 67, 1985, pp. 21 a 53.

tos, se deriva de la defensa constitucional de tales derechos, recupera un particular sentido funcional. El punto de partida, la norma de referencia, ya no es la prohibición del mandato imperativo, sino la salvaguarda de los derechos fundamentales del artículo 23 de la Constitución, y sólo en la medida en que para su garantía sea necesario surgirá como efecto-resultado la prohibición del mandato de partido. Por eso el artículo 23, a diferencia del 67.2 de la Constitución, permite diferenciar, al menos en sede teórica, entre «expulsión» y «abandono voluntario» del partido como causa de pérdida del mandato (51) o adoptar reglamentariamente medidas indirectas que sancionen prácticas, desafortunadamente tan comunes en nuestro suelo, como la del «transfugismo» (52). Siempre, claro está, que no lesionen los derechos

(51) La propia jurisprudencia constitucional se ha hecho eco parcial de este problema al advertir el TC en *obiter dicta* que «el supuesto de baja voluntaria en el partido no ha sido directamente examinado por este Tribunal» (STC 28/1984, de 23 de febrero, FJ 2.º). De este modo sería posible hacer viable en nuestro sistema constitucional un mecanismo de sanción del «transfugismo» ya anhelado por Kelsen, quien consideraba que el abandono voluntario del partido debería considerarse como causa de pérdida del mandato. En cuanto a la pérdida del mandato por expulsión del partido, la cuestión se presenta, a mi modo de ver, mucho más problemática e incluso «inabarcable por el Derecho». El propio Kelsen, al estudiar promenorizadamente esta cuestión, afirmaba que el órgano encargado de fiscalizar el acuerdo de expulsión no podía ser el Parlamento, pues «si se deja la decisión en manos del propio cuerpo de representantes, se corre el peligro de que, si la amenaza de la pérdida del mandato resulta de la separación del partido en interés de la mayoría o se crea una nueva mayoría, el requisito de la propuesta no se produzca». La única alternativa, en opinión del genial jurista austríaco, consistiría en remitir el conflicto a «jueces independientes y objetivos». Sin embargo, tal opción me parece con toda modestia una excesiva confianza en el derecho como cauce de resolución de conflictos estrictamente políticos, donde la subjetividad y el antagonismo escapan a la aprehensión de lo racional-normativo. Por eso la opción kelseniana corre el riesgo de una no deseada judicialización de la política. Aspecto este sobre el que ya ha advertido un cierto sector de nuestra doctrina respecto al control judicial —tanto por el Tribunal Constitucional como por los jueces del contencioso-administrativo— de los actos y resoluciones parlamentarias, en los que siempre resulta difícil deslindar lo jurídico y lo político. Véanse, en este sentido, F. SAINZ MORENO, «Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa», en *RAP*, núm. 15, 1988, pp. 233-255; R. PUNSET BLANCO, «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en el control de los actos parlamentarios sin valor de ley», en *REDC*, núm. 28, 1990, pp. 111 a 117; igualmente, la sugestiva reflexión efectuada sobre el tema por A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR en el Prólogo al libro de I. TORRES MURO *Los órganos parlamentarios de Gobierno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 12 fundamentalmente. En cuanto al análisis de Kelsen, éste se encuentra en su obra *Das Problem des Parlamentarismus* (1925), contenida en la edición de JUAN RUIZ MANERO *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 90 y ss.

(52) En esta dirección se encaminan las originales e imaginativas medidas contenidas en el Reglamento parlamentario de la Asamblea Regional de Murcia tras su versión reformada de 14 de abril de 1988. Su artículo 20.3 establece que el abandono del grupo parlamentario por uno

fundamentales del artículo 23 de la Constitución. Medidas y posibilidades de actuación que devienen, de este modo, en constitucionalidades legítimas (artículo 23.2 CE) y no como mera reproducción de contradicciones entre Constitución y normas infraconstitucionales, que se dirime esporádicamente negando la realidad política mediante el recurso a un incombustible artículo 67.2 de la Constitución.

Es ésta la distancia argumental que hay entre la mencionada sentencia de la Corte Costituzionale y nuestra jurisprudencia constitucional, aunque obviamente no cabe desconocer que en la Constitución italiana no existe un artículo parangonable al artículo 23 de la CE. Por eso el análisis aquí propuesto sólo puede ser contemplado y entendido, según se advertía, como «constitucionalmente adecuado», ajeno a cualquier pretensión de generalidad.

de sus miembros obliga a su necesaria incorporación al «mixto». Ahora bien: las posibilidades de actuación de estos parlamentarios «disidentes» quedan también limitadas reglamentariamente, puesto que el Reglamento articula las facultades de iniciativa parlamentaria mediante la diferenciación técnica entre «formación política con respaldo electoral» —que tiene todos los derechos y capacidad de actuación— y la de aquellos que llegan al grupo mixto sin haber concurrido con identidad política propia a las elecciones, cuyo abanico de facultades de actuación parlamentaria es más restrictivo. Al respecto, véase E. FERNÁNDEZ DE SIMÓN BERMEJO, «Crónica de la Asamblea Regional de Murcia: un año de actividad», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1990, pp. 248-250. En idéntico sentido se orienta la redacción del art. 26.2 del Proyecto de nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados (BOCD, núm. 159-I, de 17 de julio de 1989).

