

LA INSOSPECHADA RIQUEZA DEL ARTICULO 23.2 CE (1)

IGNACIO TORRES MURO

I

La carrera académica en España está jalonada por una serie de pruebas —tesis doctoral, oposiciones a titular, concursos de cátedra— en las que el incauto que se dedica a ella debe demostrar todo tipo de habilidades. Entre otras, la de ser capaz de producir monografías científicas de cierto fuste. Uno de los efectos benéficos, por tanto, de tal sistema de tortura es que con frecuencia se publican libros que son consecuencia del intento de superar con éxito dichos obstáculos y que a menudo no carecen de interés. Para algo tenían que servir tantos esfuerzos.

Digo todo esto porque la obra que vamos a glosar es un típico ejemplo de segundo ejercicio de cátedra y uno de los que sin duda justifican el actual estado de cosas.

Pero en ella concurre también otra circunstancia: la que se deriva del hecho de que su autor haya servido como letrado en el Tribunal Constitucional varios años. De su lectura se saca la impresión de que esto ha tenido una gran influencia en su manera de plantearse los asuntos tanto por la selección de los mismos como por el modo de abordarlos. No se entienda con ello que nos encontramos ante un libro sin vuelo teórico o que se limite a repetir cansinamente jurisprudencia constitucional. No es ese el caso. Lo que ocurre es que la conexión con los problemas reales que se demuestra en el mismo, y que probablemente es consecuencia de aquella dedicación, contribuye a enriquecer

(1) Un comentario a JAVIER GARCÍA ROCA: *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1999, 395 págs.

sustancialmente la obra. Recuperado hace ya tiempo García Roca para el mundo académico alguna impronta debía quedarle, sin embargo, de una experiencia tan importante en su trayectoria vital.

Pero estos datos no son en el fondo más que anécdotas que sirven para introducirnos en el que es el argumento central del libro: el análisis a fondo de las consecuencias que ha tenido la inclusión en nuestro texto constitucional de un artículo como el 23,2 CE que, a pesar de su inofensiva apariencia en un principio, ha sido uno de los que mayores problemas ha planteado en cuanto a su interpretación y aplicación. La doctrina no ha permanecido, debe decirse, ajena a esta importancia y son ya varias las monografías (2) que se han dedicado a esta norma; todas ellas, por otra parte, interesantes. No cabía, sin embargo, considerar agotado el tema y esta es una de las cosas que demuestra la obra que comentamos, además de uno de sus mayores méritos: el de continuar planteando perplejidades producto del juego que sigue dando el citado artículo. Por otro lado acierta a conjugar, y esto es siempre particularmente difícil, la atención a los problemas del día a día y la elaboración teórica de altura. Pero conviene que pasemos a exponer, con la brevedad y la relativa injusticia propia de toda recensión, algunas de sus tesis principales.

II

El libro se abre —tras unas consideraciones previas sobre las primeras interpretaciones doctrinales del artículo 23.2 CE, los debates constituyentes, las posibles influencias de documentos internacionales e históricos, y su carácter de «texto prácticamente virgen a efectos de la interpretación constitucional» (pág. 39)— sentando claramente la necesaria diferenciación entre el acceso a las funciones públicas y a los cargos públicos. Avanza, enseguida, un concepto de estos últimos que, para García Roca, son los «cargo(s)... de representación política, electo(s) por sufragio universal ciudadano y ejercido(s) en ciertos órganos del Estado» (pág. 46). Esta afirmación se completa y explica con interesantes digresiones sobre la teoría del órgano y de la representación.

Igual claridad muestra en su identificación del bien jurídico protegido en el artículo 23.2 CE, que es la representación, a la que considera como «el funda-

(2) Nos referimos, por orden de aparición, a MANUEL PULIDO QUECEDO: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid 1992; ENRIC FOSSAS ESPADALER: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, 1993; y ESTHER MARTÍN: *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona 1996. Además cabría reseñar aquí infinidad de artículos sobre la materia pero esto no es una bibliografía exhaustiva.

mento del mismo concepto de cargo público representativo... y la finalidad a la que la garantía atiende» (pág. 57). En conexión con estos problemas están su estudio de las aportaciones de la jurisprudencia constitucional a la teoría de la misma y su acertado análisis del transfuguismo, terreno en el que dice bien que «conviene no escandalizarse farisaicamente» (pág. 77) y que de la excepción que su práctica entraña «no puede extraerse una regla: la anécdota no puede ser fuente de normas» (pág. 82) (3). Concluye el capítulo remachando la existencia en el mismo precepto constitucional de dos derechos fundamentales con fundamentos, objetos y lógicas hermenéuticas diversas: los que se refieren a la representación, por un lado; y, por otro, los que lo hacen al empleo público, «dos ámbitos objetivos de la realidad social bien distintos, aunque alberguen una tierra de frontera cuya aduana puede modificarse» (pág. 85). Distingue adecuadamente los cargos públicos representativos de los cargos públicos y de los funcionarios y examina con brevedad parte de la jurisprudencia constitucional sobre estos últimos.

El segundo gran tema que se aborda es el de la doble, y en apariencia contradictoria, naturaleza del derecho como derecho democrático o de participación del ciudadano, por un lado, y como derecho de libertad o autonomía del representante por otro. Aquí son de destacar sus consideraciones sobre el mandato libre que le llevan a decir, con acierto, que «la prohibición constitucional de que los parlamentarios estén sometidos a mandato imperativo no puede continuar leyéndose como una reliquia histórica... desprovista de sentido y cuyo alcance se agote en la delimitación del ámbito nacional de la representación» (pág. 126).

En cuanto a los titulares del derecho García Roca se inclina por señalar como tales a los ciudadanos (pág. 133), planteándose los problemas que la definición de este término tiene en la actualidad (nacionalidad, mayoría de edad, personas jurídicas, ciudadanía comunitaria) y rompiendo una lanza por la democratización de los partidos políticos.

Inmediatamente se ocupa del más polémico problema de qué debe comprender el derecho que nos ocupa. Se muestra crítico con la categoría del contenido esencial que le parece «un concepto técnicamente inútil: un recordatorio al legislador con un mero alcance pedagógico» (pág. 156) y enuncia el que a su juicio es el contenido *ex constitutione* el derecho de acceso a los cargos públi-

(3) Sobre los problemas que se plantean en este ámbito no me resisto a remitir al reciente y bien argumentado artículo de M. A. PRESNO LINERA: «La superación del transfuguismo político en las corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática», en *REALA*, núm. 277 (1998), págs. 117 y sigs. Y lo hago aunque, a mi juicio, sea excesivamente crítico con los transfugas.

cos representativos que incluye la regularidad de la elección, la constitucionalidad de los requisitos legales de acceso, las causas de cese y la posibilidad de renuncia, los requisitos para la toma de posesión y el derecho a desempeñar las atribuciones del cargo y la obligación de satisfacer los deberes propios del mismo. Todos estos datos configuran para él «un ámbito del derecho protegido en la misma Constitución y del que las leyes no podrían libremente disponer» (pág. 166).

Tras analizar el juego de las tres reservas de ley de los artículos 81.1, 53.1 y 23.2 CE entra el autor a saco en la construcción, tan querida por determinada jurisprudencia, de los derechos de configuración legal. Afirma rotundamente que «nada añade la equívoca categoría... que no está —cuando menos entre nosotros— fundada en una nítida elaboración doctrinal o construcción jurisprudencial. Es, además, confusa... y extremadamente peligrosa, ya que puede autorizar un vaciamiento legal del derecho fundamental... no alcanzo a advertir qué aporta a la dogmática de los derechos» (pág. 187). Para él «la disciplina del derecho fundamental, la jurisprudencia y la dogmática del mismo ganaría probablemente mucho si se abandonara esta categoría imprecisa... casi una cláusula de estilo, sustituyéndola por técnicas y conceptos más precisos» (pág. 188). Difícilmente se puede ser más claro en la crítica a una construcción que ha sido, como se sabe, una de las fundamentales a la hora de interpretar el derecho que nos ocupa por el Tribunal Constitucional.

Después de señalar la triple dimensión del derecho en cuestión (acceso, permanencia y ejercicio del cargo) aborda García Roca la igualdad en el primero de estos aspectos, centrándose en el problema de la regularidad de los procesos electorales y el papel del Tribunal Constitucional en este terreno. Se muestra de nuevo muy crítico con la jurisprudencia de éste, aun cuando reconozca las dificultades que se le plantean. Para nuestro hombre «el criterio de distinción entre legalidad electoral... y custodia de derechos fundamentales acaba por ser sumamente resbaladizo. Una tenue o inexistente frontera» (pág. 195), pero en todo caso el TC debe autolimitarse, no enjuiciando asuntos que no tengan que ver con la protección de derechos fundamentales. La actuación de este órgano en problemas electorales, y la solución adoptada por el mismo de entrar a conocer en el caso de que las irregularidades sean determinantes del resultado, le parecen inadecuadas porque nos encontramos ante «una jurisprudencia que mucho me temo ha acabado inevitablemente por hacer del amparo constitucional un recurso ordinario en materia electoral... Sin resultar sencilla cualquier propuesta de sustitución de este criterio por otro, su manejo no deja de producir cierta insatisfacción conceptual» (pág. 248).

La igualdad en el ejercicio del cargo es el siguiente asunto que se aborda en el libro y en este terreno son especialmente interesantes las reflexiones sobre el

estatuto de los parlamentarios. Tras despachar el mito de los interna *corporis* —«las Cámaras no pueden ser una isla en las aguas de la organización constitucional donde no alcance la fuerza expansiva de la juridicidad inherente a todo Estado de Derecho» (pág. 267)— entra en otros temas como el del juramento, requisito este que le parece defendible ya que «explicitar el reforzado respeto a las normas constitucionales que cabe reclamar de los representantes de la ciudadanía tiene un innegable fundamento: quien por oficio contribuye a elaborar las normas conforme a la Constitución debe especialmente respetarla» (pág. 282).

Pero donde las construcciones de García Roca son más novedosas y acertadas es en su crítica de la jurisprudencia constitucional que, como se sabe, ha remitido a los reglamentos parlamentarios para la construcción del *ius in officium*. Opina que de este modo se ha degradado «la fuerza normativa de la Constitución al interpretar sus disposiciones —la reconocedora del derecho fundamental y las que se encuentren en conexión con ella— a la luz de la ley - la ley electoral o el Reglamento parlamentario- y no a la inversa, tal y como es notorio requiere la exégesis de las normas constitucionales» (pág. 292). Según él «debió haberse razonado de otra manera» (pág. 293) y dicho razonamiento tiene que consistir en que «la interpretación constitucional de la norma reconocedora del derecho fundamental no puede agotarse en la concreta solución de demandas de amparo ni en la lectura de los Reglamentos parlamentarios de manera cuasi evangélica, sino que requiere pensar dónde acaban y empiezan los límites internos del derecho fundamental desde la lógica interna de las normas constitucionales. Una labor que resta aún por hacer» (pág. 293).

A estas originales consideraciones sigue un repaso a los diferentes contenidos de los derechos de los parlamentarios que, para García Roca, van desde el de obtener una remuneración por su trabajo hasta el de interrogación, pasando por el que tienen a la información, el *ius ut procedatur* y el de enmienda, temas todos estos que se examinan con un detalle del que no es posible aquí dar noticia. Concluye este capítulo con unas afirmaciones rotundas respecto a un problema de planteamiento reciente. Para él «no han faltado peligrosos intentos de dilatar indebidamente la posición del cargo público representativo hasta los puestos del ejecutivo, invocando el carácter representativo del Gobierno en un Estado democrático, con la finalidad de impetrar para sus miembros la tutela que el derecho fundamental dispensa. Esta operación extensiva no me parece que pueda resultar de recibo» (pág. 332).

Continúa el libro con un capítulo VIII en el que se pregunta el autor cuál es el contenido del derecho y, tras hacer un excursus doctrinal acerca de la igualdad —uno de los varios que enriquecen indudablemente la obra—, se muestra crítico con la jurisprudencia constitucional para la que la «igualdad de acce-

so...a los efectos de los cargos públicos representativos, es igualdad de trato normativo en la ley y en la aplicación de las normas que hacen posible la elección» (pág. 342). García Roca opina, por contra, que no parece «que sea en buena lógica descartable la singularización de excepciones a esa regla general, derivadas de situaciones de hecho que excepcionalmente puedan justificar la aplicación de una igualdad de resultados o de compensación» (pág. 342). Puede resaltarse, también en este capítulo, la crítica del autor a las conocidas tesis de Rubio Llorente según las cuales, existiendo el artículo 14 CE, el 23.2 CE sería un precepto superfluo. Según él la estructura normativa y la naturaleza de los contenidos igualitarios de ambos artículos no son los mismos y poco se ganaría suprimiendo ésta y otras manifestaciones de la igualdad que se dan en la Constitución para quedarnos sólo con el artículo 14.

La obra se cierra con una recapitulación final en la que se resumen con acierto sus tesis principales. Pudiera ser una alternativa a la lectura del libro completo para el lector especialmente vago, pero este perdería sin duda algunas de las aportaciones más interesantes del autor. Dada noticia de las mismas con toda la fidelidad que es posible en un trabajo de estas características podemos pasar a hacer unos comentarios generales, y también necesariamente parciales, sobre este nuevo intento de clarificar las consecuencias de la incorporación a nuestro texto constitucional de un artículo como el artículo 23.2 CE que parece haber dado mucho juego hasta ahora y que no hay que descartar que siga dándolo en el futuro.

III

En primer lugar, hay que hacer referencia a la riqueza del libro que nos ocupa, riqueza que se deriva tanto de la propia del artículo 23.2 CE en su interpretación jurisprudencial hasta ahora como del hecho de que el autor toma todos los temas planteados desde muy arriba. No se limita al análisis alicorto sino que aborda los asuntos fundamentales, las últimas razones que laten en muchos de los problemas concretos que han debido resolverse a lo largo de todos estos años. Por eso puede decirse que se trata de una obra ambiciosa teóricamente, como corresponde a la que se presenta para obtener la máxima categoría académica. Son muchas, además, las sugerencias interesantes que se hacen en el mismo por lo que en este último apartado de la recensión sólo podremos hacer referencia a las que nos han parecido más llamativas y creemos necesario discutir sin que ello implique que sean, ni mucho menos, las únicas importantes.

La primera de ellas es la inescindible conexión entre los apartados 1 y 2 del

artículo 23. El segundo sólo se entiende y «debe ser interpretado teleológica y sistemáticamente en relación» con el primero (pág. 356). Así lo ha visto con claridad la jurisprudencia constitucional de la que pueden citarse, por todas, las afirmaciones contenidas en la STC 205/1990, fundamentos jurídicos 4 y 5. Esa es la clave para aplicar el artículo 23.2 CE. La idea de que lo que se está garantizando es la participación de todos los ciudadanos; o, al menos, el aspecto más operativo de la misma en un Estado especialmente restrictivo en este campo, como lo es éste bajo el que vivimos: las actuaciones de nuestros representantes.

Otro asunto que merece comentario es la «textura totalmente abierta», en expresión de Aguiar (4), del derecho, producto de la fórmula de la «configuración legal». Podría decirse que éste es un resultado hasta cierto punto inevitable si se tiene en cuenta el enunciado del mismo artículo 23.2 CE cuando habla de «los requisitos que señalen las leyes»; pero no es menos cierto que la postura de García Roca, aun cuando sea más exigente con todos los intérpretes constitucionales al propugnar que no se delegue en poderes que no son el constituyente la configuración de estos derechos, resulta también más adecuada a un estado de cosas en el que permitir la desconstitucionalización de toda una materia, como en cierto modo hace quien defiende aquélla manera de interpretar las normas, pudiera ser ciertamente peligroso.

Una visión más rigurosa es la que defendió, con acierto, Jiménez Campo cuando sostuvo, examinando las posibilidades de recurrir en amparo, que el acto parlamentario solo podrá fiscalizarse si se le puede imputar «un entendimiento de lo que la representación sea absolutamente inconciliable con lo exigido por su garantía institucional... (o si) ... constriñe o limita las facultades del representante...con quiebra inmotivada de los propios precedentes» (5). En esta línea debiera ir la jurisprudencia constitucional en el futuro, pero parece difícil que se cedan las posiciones conquistadas.

Por último, quisiera hacer referencia al problema de la configuración del Tribunal Constitucional como tribunal electoral. Aquí las claras ideas de García Roca, que ya expusimos, chocan con una realidad tozuda. A nuestro juicio resulta muy difícil trazar la línea divisoria entre lo que es protección de derechos fundamentales y lo que es aplicación de la legalidad. En la duda quizá la actual situación sea la única posible y sólo puede uno resignarse a un estado de

(4) La utiliza en su artículo «La composición y organización parlamentarias en la jurisprudencia constitucional», en F. PAU I VALL (coord.): *Parlamento y Justicia Constitucional*, Pamplona, 1997, pág. 63.

(5) En «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», publicado en F. PAU I VALL (coord.): *Op. cit.*, en nota 4, pág. 230.

cosas no del todo preciso desde el punto de vista de la inalcanzable perfección teórica, pero que resuelve los avatares concretos de los procesos electorales.

Llegados al final de la recensión es necesario cerrar diciendo algunas palabras sobre el libro en general. Cabe, desde luego, recomendarlo como lectura a todos los interesados en muy diversos temas, dadas las múltiples sugerencias que, al hilo de la exposición de los que plantea el artículo 23.2 CE, se hacen en el mismo.

García Roca ha sabido alcanzar un difícil equilibrio entre las referencias a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional —que son, como era de esperar, muy completas— y la necesidad de dotar de bases teóricas firmes a la interpretación de nuestro, a estas alturas, querido artículo. Su manera de exponer es a la vez brillante y precisa. Aunque el desmenuzamiento del libro requiere un esfuerzo mínimo éste se ve sin duda compensado por lo que se obtiene de dicho ejercicio: una visión clara y sistemática de lo que, a primera vista, parece un abigarrado panorama en el que resulta imposible poner orden. El autor de este libro lo ha puesto con acierto. Es todo lo que se puede pedir a quien lanza una nueva monografía al mercado y por ello debiéramos estarle agradecidos todos los que nos dedicamos al Derecho constitucional.