

Vulneración del derecho del representante parlamentario al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad: una interpretación errónea del Reglamento del Parlamento de Andalucía

Elena García-Cuevas Roque
Profesora Contratada Doctora
Universidad CEU San Pablo

Sumario

Introducción. 1. Una irregularidad en la elección de los miembros de la Mesa del Parlamento de Andalucía: la STC 199/2016. 2. Los derechos vulnerados con el acuerdo parlamentario. 3. Especial posición de los amparos parlamentarios. 4. Dimensiones del art. 23, 2 CE. 4.1. Acceso y permanencia. 4.2. Derecho de acceso en “condiciones de igualdad” y derecho de “configuración legal”. 5. La conexión entre los apartados 1 y 2 del art. 23 CE y la transformación del mandato imperativo. 6. Anotaciones finales. 7. Bibliografía.

Introducción

En la presente comunicación se analizará, una vez más, una vulneración del derecho al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad en relación con el derecho a la participación política de los ciudadanos a través de sus representantes; y decimos “una vez más” debido a los numerosos casos planteados ante el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo TC), algunos de ellos muy delicados; los primeros datan de 1983, llegando a constituir un referente firme y consolidado como se detallará en su momento. La STC 199/2016¹ objeto de estudio, fruto del recurso de amparo interpuesto por una diputada del Parlamento de Andalucía, presenta ciertas peculiaridades: en primer lugar, al ser un representante parlamentario quien pide el amparo en defensa del ejercicio de sus funciones, de una forma automática se invoca también, junto al art. 23, 2 CE, el párrafo 1 del mismo precepto, a la vista de la férrea doctrina del TC. En segundo lugar, se lesiona un derecho o facultad que pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, consecuencia de una interpretación errónea de las disposiciones reglamentarias que realiza uno de los órganos de la Cámara correspondiente.

A tal fin, destacaremos los esenciales pronunciamientos que ha formulado el TC en relación con la aplicación del art. 23 CE a los cargos públicos representativos, orientados, en su mayoría, hacia cuestiones relacionadas con el proceso electoral de los mismos y con el desarrollo o ejercicio de sus funciones propias, así como la eventual privación de su condición.

1. Una irregularidad en la elección de los miembros de la Mesa del Parlamento de Andalucía: la STC 199/2016

Vaya por adelantado que dicha elección viene regulada en la sección segunda, capítulo primero, título tercero del Reglamento del Parlamento de Andalucía² (en lo sucesivo, RPA). De forma muy concisa, se procederá a realizar una descripción de los hechos en que se fundamenta la demanda.

Tras las elecciones al Parlamento de Andalucía en marzo de 2015 y una vez celebrada la sesión constitutiva de la Cámara³ al mes siguiente, el Presidente de dicha sesión cometió una irregularidad en la elección de los miembros de la Mesa, la cual iba a estar integrada por el Presidente o Presidenta del Parlamento, tres Vicepresidentes y tres Secretarios (art. 27, 2 RPA). En concreto, la recurrente en amparo, diputada del Grupo Parlamentario Popular, que la propone para el cargo de Secretaria de la Mesa -y que resultó elegida por votación-, quedó excluida.

¹ Sala Primera. Sentencia 199/2016, de 28 de noviembre de 2016. Recurso de amparo promovido por doña Patricia del Pozo Fernández respecto de la proclamación de los Secretarios de la Mesa del Parlamento de Andalucía efectuada por el Presidente de la sesión constitutiva de la Cámara.

² Aprobado por el Pleno del Parlamento el día 28 de septiembre de 2005, VII Legislatura.

³ Con arreglo al RPA, la sesión constitutiva será presidida, inicialmente, por el Diputado o Diputada electo de mayor edad de los presentes, asistido, en calidad de Secretarios, por los dos más jóvenes.

La elección de la Mesa debe llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento regulado en el propio RPA: “las votaciones para la elección de estos cargos se harán por medio de papeletas que los Diputados entregarán al Presidente o Presidenta de la Mesa de Edad para que sean depositados en la urna [...]. [Dichas] votaciones se harán sucesivamente” (art. 33, 3 y 4 RPA) y siguiendo el procedimiento contemplado en el art. 34 RPA, del cual únicamente deseamos transcribir el apartado relativo a la elección de los secretarios del órgano rector: “[...] para la elección de los tres Vicepresidentes [y también de los tres Secretarios], cada Diputado [...] escribirá un nombre en la papeleta y resultarán elegidos quienes por orden correlativo obtengan la mayoría de votos”.

Hacemos un alto en esta descripción para insistir en el importante cometido (arts. 27 a 32 RPA) que, en el seno de la Cámara, tiene asignado este órgano rector o de gobierno, el cual ostenta, además, la representación colegiada de aquélla, sin olvidar, claro está, su relevante ámbito de actuación cuando controla la regularidad de los escritos y documentos de índole parlamentaria. Por ello, el procedimiento de elección del Presidente y de los demás miembros de la Mesa de la Cámara viene regulado en su Reglamento, pero es de gran transcendencia también el criterio o criterios para su elección: en general, en la designación de los cargos de la Administración parlamentaria deben considerarse valores determinantes, la formación y la experiencia profesional, el respeto a la pluralidad política y a los demás principios democráticos.

Pero, una vez efectuada la votación, y a pesar de haber obtenido la recurrente en amparo el segundo puesto en número de votos que le hubiera permitido acceder a la Mesa como Secretaria segunda, el Presidente de la sesión, alegando “criterios de proporcionalidad pura”, invoca el art. 36 RPA⁴, precepto introducido tras la reforma de 1996⁵ y de carácter abierto, proclamando en su lugar a otro candidato con asaz menor apoyo en el escrutinio⁶.

Bien es verdad que, no hay que olvidar el papel que en esta materia ha de reconocerse a la autonomía parlamentaria (art. 72 CE) en relación con las posibilidades de control de las decisiones de los órganos parlamentarios por el TC, pues la propia naturaleza del art.

⁴ “Todos los partidos, federaciones y coaliciones que, habiendo concurrido a las anteriores elecciones, hubieran obtenido en las mismas representación suficiente para constituir Grupo parlamentario, tendrán derecho a estar presentes en la Mesa”. Así reza el mencionado precepto. El Presidente de la sesión constitutiva aplicó el mismo, estableciendo criterios para solventar una supuesta contradicción entre preceptos reglamentarios y sin hacer públicos dichos criterios hasta conocer el resultado de la votación; asimismo, llevó a cabo esta aplicación con un criterio que no está expresamente contemplado en la norma reglamentaria. Por lo demás, en la STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5, se pone de manifiesto que la proporcionalidad no puede ser “pura”, siendo aquélla más bien una orientación o criterio tendencial. Véase epígrafe “Derecho de acceso en <<condiciones de igualdad>> y derecho de <<configuración legal>>” del presente trabajo.

⁵ El TC (FJ 4) consideró, además, que del tenor literal del art. 26 RPA no se desprende que el Reglamento de la Cámara esté haciendo referencia a la posibilidad de que los grupos parlamentarios sin representación en la Mesa designen Vocales, figura que desapareció tras la mencionada reforma de 1996.

⁶ El resultado del escrutinio fue el siguiente: de un total de 109 votos emitidos, la candidata propuesta por el PSOE obtuvo 47 votos; la candidata propuesta por el PP (la recurrente en amparo) obtuvo 33 votos; el candidato de Ciudadanos obtuvo 9 votos y el candidato de Izquierda Unida 5 votos, emitiéndose 15 votos en blanco. El Presidente de la sesión constitutiva, en virtud de una libre interpretación, descrita *ut supra*, proclama como Secretario segundo al candidato de Ciudadanos.

23, 2 CE como derecho de configuración legal, tal y como se describirá en su momento, también obliga “a otorgar a los Parlamentos y, significativamente, a sus órganos rectores, un margen de aplicación en la interpretación de la legalidad parlamentaria [...]”⁷. Pero también ha tenido presente el Alto Tribunal el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales.

Pero en la sentencia objeto de estudio no cabe ninguna de estas disquisiciones, ya que el Presidente de la sesión incurre, como así ha considerado el TC, en una interpretación inadecuada del RPA, al no respetar el orden correlativo referenciado en el art. 34 RPA y, por ende, no atenerse a los resultados de la votación, pues con independencia del alcance que deba darse al mencionado y controvertido art. 36, el Reglamento de la Cámara andaluza (arts. 33 y 34 en relación con el art. 3,2 RPA) es taxativo cuando determina el modo en que el Pleno debe proceder, en la sesión constitutiva, a la elección de los miembros de la Mesa, y siempre a través de una actuación diligente como en cualquier proceso electoral.

No procedía, entonces, margen alguno de interpretación del RPA que, por otro lado, y con arreglo a sus disposiciones (art. 29,2 RPA), sólo el Presidente del Parlamento tiene asignada dicha facultad; además, el cargo de Presidente de la sesión constitutiva no es electivo, sino que, con arreglo al art. 2 RPA es desempeñado por el Diputado de mayor edad y su función está limitada, a los efectos que aquí interesan, a dar paso al proceso de constitución de la Mesa del Parlamento con la elección de sus miembros.

Y aunque, como ha afirmado el TC⁸, y acabamos de señalar *ut supra*, es posible la interpretación y la integración de las disposiciones de los Reglamentos parlamentarios con normas interpretativas o supletorias, esta función corresponde exclusivamente a los órganos rectores o de gobierno de la Cámara y siempre con el límite del propio Reglamento que no podrá resultar modificado o contradicho.

Al privar injustificadamente a la recurrente en amparo de su derecho a acceder y formar parte de la Mesa de la Cámara con los requisitos que el RPA determina, en concepto de Secretaria segunda, efectivamente nos situamos ante una decisión contraria y no respetuosa con la naturaleza de la representación y la igualdad entre representantes, pues ello afecta al núcleo de su función representativa parlamentaria, impidiéndole ejercer las funciones inherentes al cargo que le habría correspondido ocupar. Y así lo consideró el TC.

2. Los derechos vulnerados con el acuerdo parlamentario

En la STC 199/2016 los derechos vulnerados son los recogidos en el art. 23 CE, desde el momento en que, demostrada la votación mayoritaria de un candidato respecto de

⁷ STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 4. Dicha autonomía parlamentaria presente especial interés en la regulación de los debates parlamentarios.

⁸ SSTC 226/2004 y 227/2004 rememoradas por el Ministerio Fiscal en los Antecedentes de la STC 199/2016.

otro, se hace la proclamación en favor de este último en virtud de una argumentación que contradice lo establecido en el RPA.

Estamos ante un precepto (23 CE) de gran relevancia, pues engloba tres derechos autónomos, según la doctrina del TC: el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (apartado 1); y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apartado 2) que se desdobra, según la jurisprudencia del TC, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad del art. 103,3 CE.

Proveniente del art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el art. 23 CE cuenta con el antecedente directo en nuestra historia constitucional del art. 40 de la Constitución de 1931⁹ y en Derecho comparado, de los arts. 48 y 50 de la Constitución portuguesa de 1976.

Inicialmente, un sector relevante de la doctrina científica, y el propio TC en algún momento, sostuvieron que el derecho fundamental reconocido en el art. 23, 2 CE sólo se refería a los cargos públicos representativos y no a cualesquiera otros cargos públicos de otra naturaleza o a cualesquiera que desarrollen otras funciones públicas; pero el Alto Tribunal cambió posteriormente su postura y ha mantenido hasta hoy mismo la doctrina de la titularidad del referido derecho fundamental también en los supuestos de otros cargos o funciones públicos no representativos¹⁰: este derecho fundamental no sólo se proyecta sobre los cargos de representación política, sino también los funcionariales; al distinguir entre “cargos” y “funciones” está diferenciando entre cargos de representación política -en los que se ejerce un derecho-, por una parte, y entre puestos de carácter funcional¹¹ -en los que se cumple una obligación-, por otra.

La doctrina del TC ha ayudado a interpretar el término “cargo público” y “acceso”; el primero hace referencia a función pública profesional, lo que conecta este inciso con el art. 103 CE; el segundo, ha sido interpretado extensivamente, comprendiendo dentro de él también los ascensos.

Empero, la noción de cargo público representativo ha llevado al Alto Tribunal a señalar, con insistencia y a través de una significativa doctrina¹², la íntima conexión entre los apartados 1 y 2 del art. 23 CE, como se verá más adelante, y a circunscribir, sólo en un

⁹ Con anterioridad a la Constitución de la Segunda República española, un precepto tal también fue recogido en los siguientes textos: Constitución de 1812 (art. 23), Constituciones de 1837 y 1845 (art. 5 en ambos textos, ya que presentaban una estructura muy similar), y la Constitución de 1876 (art. 15). Todos estos textos se referían a la función pública y no abarcaban los cargos representativos.

¹⁰ Marrero García-Rojo, Ángel, “El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo” en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Directores), Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pág. 565.

¹¹ El bien jurídico protegido en este caso es el mérito y la capacidad, que no corresponde tratar aquí.

¹² El TC tuvo que solventar delicados casos años atrás -en 1983- que tuvieron su origen en la órbita local. Véase epígrafe “La conexión entre los apartados 1 y 2 del art. 23 CE y la transformación del mandato imperativo” del presente trabajo.

primer momento, la noción de cargo público a la de cargo representativo, a pesar de que el concepto de cargos y funciones públicas no es reconducible exclusivamente a la noción de cargo representativo, lo que, insistimos (*ut supra*), también ha hecho constar el propio TC. Asimismo, si el precepto hace la obligada referencia al ejercicio (...) “en condiciones de igualdad”¹³, parece que este último principio se mantiene con más pureza cuando se trata de acceder a funciones representativas y se refiere, además, a la condición de elegible, esto es, a la ciudadanía, equiparándola a la condición del elector. Las únicas excepciones son las causas de inelegibilidad o incompatibilidad que se contemplan en el art. 70 CE.

Por último, bajo la expresión “cargos y funciones públicas” el TC ha considerado que se protege, entre otros, el derecho de los parlamentarios autonómicos¹⁴, sin olvidar que el derecho de participación política y de acceso a los cargos públicos tiene la misma vigencia en las elecciones autonómicas y municipales que en las generales¹⁵.

3. Especial posición de los amparos parlamentarios

Aunque han sido numerosas las sentencias del TC en las que se invoca dicho precepto, en el caso que nos ocupa (petición de amparo de una diputada del Parlamento de Andalucía por vulneración del art. 23 CE) cobra especial relevancia la valoración de la especial transcendencia constitucional (art. 50, 1 LOTC), “dada la repercusión general que tiene el ejercicio de la función representativa, que excede del ámbito particular del parlamentario y del grupo en el que se integra”¹⁶. En primer lugar, “porque el asunto suscitado no afecta sólo al caso concreto, sino que podría tener consecuencias políticas generales”; en segundo lugar, porque “los amparos parlamentarios (art. 42 LOTC) tienen una particularidad respecto del resto de los recursos de amparo en cuanto al marco de garantías del que disponen los eventuales recurrentes para invocar sus derechos fundamentales: la ausencia de una vía jurisdiccional previa al amparo constitucional en la que postular la reparación de los derechos vulnerados y que se retrotrae, en origen, a la doctrina de los *interna corporis acta* [en virtud de la cual,] los actos parlamentarios resultan infiscalizables por los tribunales ordinarios [...]”. Esta afirmación debe conjugarse “con el ejercicio del *ius in officium* [-es decir, un conjunto de facultades que identifican la labor del representante-] por parte de los representantes políticos sin perturbaciones ilegítimas y, en última instancia, con el derecho de los propios ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante sus representantes (art. 23,1 CE)”. A todo ello, nos referiremos en su momento.

¹³ Véase epígrafe “Derecho de acceso en condiciones de igualdad y derecho de configuración letal” del presente trabajo.

¹⁴ STC 161/1988, de 21 de octubre, FJ 6. En sentido análogo, SSTC 181/1989, de 3 de noviembre, 205/1990, de 13 de diciembre y 95/1994, de 21 de marzo.

¹⁵ En este sentido, Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 461.

¹⁶ Véanse SSTC 199/2016, FJ 2 y 155/2009, FJ 2.

4. Dimensiones del art. 23, 2 CE

A la vista de lo expuesto, son tres las dimensiones que se han identificado como integrantes del derecho de participación política recogido en el art. 23, 2 CE¹⁷: acceso y permanencia, las cuales se refieren igualmente a una tercera dimensión, esto es, el ejercicio. Cada una de ellas, y conforme a lo establecido en dicho precepto, está delimitada por la necesidad de llevarse a cabo “en condiciones de igualdad” y de acuerdo “con los requisitos que señalen las leyes”.

4.1. Acceso y permanencia

Comenzando por la vertiente del <<acceso>>, es este momento cuando se ejerce el sufragio pasivo estrictamente ligado al sufragio activo (art. 23, 1 y 2 CE). Ya el propio TC¹⁸ pone de manifiesto que “el derecho de sufragio pasivo que consagra el art. 23,2 CE, en relación con el número 1 de dicho precepto <<tiene como contenido esencial [...] asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos>>. Por tanto, se vulnera el derecho de sufragio activo y pasivo [...] -piedra angular del sistema democrático- cuando, demostrada la votación mayoritaria de un candidato respecto de otro, se hace la proclamación en favor de este último en virtud de una argumentación que contradice abiertamente el sistema electoral [...]”. Sin duda, como se indicó al comienzo, coincide con los hechos acaecidos en el Parlamento de Andalucía, excluyendo a la diputada como miembro de la Mesa de la Cámara.

Asimismo, es relevante el rango de las normas que han de configurar el derecho fundamental del art. 23, 2 CE en su vertiente de acceso. Los requisitos para acceder a cargos electivos de representación política, a través de procesos electorales, deben regularse mediante L.O., “no porque esta exigencia se deduzca expresamente del art. 23, 2 CE, sino porque deriva del art. 81, 1, de igual manera que la designación de los miembros de las Mesas de las Cámaras legislativas ha de regularse en los Reglamentos de las mismas” (STC 47/1990, de 20 de marzo, FJ 7).

En cuanto a la vertiente de la <<permanencia>>, el art. 23, 2 CE también garantiza, como afirma el TC, que los que hayan accedido a los cargos se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas, ya que, de otro modo, “la norma constitucional perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico”.

¹⁷ Remitimos al lector a una excelente obra sobre dicho precepto: García Roca, Francisco Javier, *Cargos públicos representativos: un estudio sobre el art. 23, 2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

¹⁸ STC 27/1990, de 22 de febrero, FJ 3.

En suma, el derecho de acceso a cargo público representativo ha de contener, junto a este conjunto de facultades, el derecho a permanecer (en el cargo representativo), es decir, el derecho a no ser removidos de los cargos o funciones públicas a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos; del mismo modo, el legislador tampoco podrá imponer restricciones a la permanencia en los mismos que, “más allá de los imperativos del principio de igualdad, y desde la perspectiva constitucional, no se ordenen a un fin legítimo [...]” (STC 71/1994, de 3 de marzo, FJ 6).

Todo ello (acceso, ejercicio, permanencia,..) conforma el estatuto del parlamentario y el bloque de las funciones parlamentarias¹⁹ configuradas en los reglamentos parlamentarios, sin cuyo ejercicio resultaría imposible el ejercicio del propio derecho del representante e indirectamente tampoco el ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos, por los puentes y conexiones existentes dentro del art. 23 CE.

En definitiva e insistiendo en la citada conexión entre ambos párrafos del art. 23 CE, si a un candidato proclamado electo no se le permite acceder a su cargo, -que es lo que ocurre con la diputada del Parlamento de Andalucía al ser privada de su derecho a formar parte de la Mesa de la Cámara-, o se le impide permanecer en el mismo o, incluso, se le impide desempeñar la función para la que ha sido elegido, no sólo se estará vulnerando el derecho de sufragio pasivo del candidato electo, sino que también se vulnerará el derecho de sufragio activo de todos los ciudadanos que, con su voto, contribuyeron a su elección.

Aunque lo expuesto tiene un alcance general, es en el ámbito relativo a miembros de las Asambleas Legislativas donde hallamos nutrida jurisprudencia del TC y de gran calado, teniendo en cuenta la naturaleza específica de tales órganos y los valores esenciales de nuestro sistema que se encuentran relacionados con la cuestión²⁰. Efectivamente, cuando se asiste al desarrollo de sus funciones (art. 23, 2 CE) por miembros de las Asambleas Legislativas, habrá de destacarse el papel de los Reglamentos parlamentarios en la configuración del derecho fundamental, por un lado, y de la autonomía parlamentaria, por otro, como elemento esencial para marcar el deslinde entre las posibilidades de actuación de los órganos parlamentarios y el TC.

¹⁹ Estas funciones del representante que conforman el contenido del derecho (art. 23, 2 CE) y, a título de ejemplo, se enumerarán más adelante. Cfr. Canosa Usera, Raúl y González Escudero, Ángeles, “Sinopsis artículo 23” en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2> [Fecha de consulta: 17/02/2017], p. 3.

²⁰ En este sentido, Marrero García-Rojo, Ángel, “El derecho a participar en los asuntos públicos...”, *op. cit.* p. 572.

4.2. Derecho de acceso en “condiciones de igualdad” y derecho de “configuración legal”

El Alto Tribunal pone de manifiesto que el art. 23, 2 CE, concreción o especificación del principio -democrático- de igualdad²¹, “no sólo garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos [-siguiendo el art. 21, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las NU y el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-], sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga²². [...] Esta faceta del derecho fundamental [es la que permite que se defina] como un derecho de configuración legal, en el sentido de que corresponde primeramente a las leyes [-en este caso al Reglamento de la Asamblea-²³] fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que, <<una vez creados, quedan integrados en el *status* -representativo- propio del cargo [*ius in officium*], con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23, 2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integran>>²⁴.

La CE, entonces, veta con firmeza la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo, mediante la introducción de obstáculos que puedan situar a unos representantes en condiciones de inferioridad respecto de otros, situación con la que se enfrenta la diputada del Parlamento de Andalucía en nuestra sentencia.

Advierte también el TC (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5) que la proporcionalidad no puede ser “pura”, siendo aquella más bien una orientación o criterio tendencial; traemos aquí a colación la actuación del Presidente de la sesión constitutiva de la Cámara -Parlamento de Andalucía- que realiza una interpretación libre de una disposición del RPA. Por lo demás, debe destacarse la relevancia que en el control de los procesos electorales ha de otorgarse a los principios de conservación de los actos y de efectividad de los derechos fundamentales.

Por todo ello, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23, 2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. [...] Pero] <<a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidas al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa>>²⁵” (STC

²¹ Aquí la *lex specialis*, ex art. 23, 2 CE, prevalece sobre la *lex generalis*, según doctrina consolidada del TC.

²² STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3. Entre los numerosos pronunciamientos sobre el particular, nos invita el TC a recordar, entre otros, sus SSTC 5/1983, de 4 de febrero, 10/1983, de 21 de febrero, 28/1984, de 28 de febrero, 32/1985, de 6 de marzo, 161/1988, de 20 de septiembre, 40/2003, de 17 de febrero y 1/2015, de 19 de enero.

²³ Nos remitimos a los capítulos segundo a quinto del título primero del RPA, quedando integrados los parlamentarios en el estatuto propio de su cargo.

²⁴ STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4 y STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 3.

²⁵ STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3.

169/2009, de 9 de julio). Estas funciones del representante que conforman el contenido del derecho (art. 23, 2 CE) son aquellas que materializan lo esencial de la actividad parlamentaria y que desglosa la jurisprudencia del TC, a título de ejemplo, en derecho a la información, derecho de interrogación, un derecho a la tramitación de propuestas, un derecho de enmienda, además de la posibilidad de constituir grupo parlamentario²⁶; las prerrogativas parlamentarias también forman parte del contenido de este derecho fundamental; sin embargo, no afectan al núcleo de su función representativa, con carácter general, los derechos económicos de los parlamentarios.

E insistimos en este punto, porque el derecho de sufragio pasivo no resulta afectado, por ejemplo, por el orden en el que los candidatos, todos ellos elegibles, aparezcan en la lista, salvo, claro está, que tal orden haya de resultar relevante, en cuyo caso, sí que incide en el procedimiento de asignación de puestos en el órgano, que subsiga al acto de la votación (véase STC 61/1987, de 20 de mayo, FJ 2). Por esta razón, y como se ha puesto de manifiesto en las primeras páginas, en la sentencia que analizamos se vulnera tal derecho, entre otras cosas porque dicho orden sí resulta relevante para la asignación de los puestos en la Mesa de la Cámara.

El derecho de acceso a los cargos públicos es, entonces, un derecho de igualdad, de forma que el derecho mismo resultaría violado si se produjera cualquier género de discriminación o preterición infundada en el proceso de acceso al cargo público representativo²⁷. Y no puede ser de otro modo; se establece así como un derecho (art. 23, 2 CE) un principio que tradicionalmente se ha manifestado como una consecuencia del principio de igualdad; igualdad que está subrayada en la misma declaración constitucional: se trata de una igualdad referida a las “condiciones legales” en que el conjunto de un proceso electoral se desarrolla.

Pues bien; estamos ante una garantía de igualdad de oportunidades y, por lo tanto, un derecho de carácter reaccional, al quedar delimitado “el contorno de la legitimación de su titular para reaccionar en sede jurisdiccional, por vulneración de ese precepto”²⁸ y quiebra de la igualdad. En el caso de los cargos y funciones representativas, el TC ha reiterado que “el derecho de acceso en condiciones de igualdad a [los mismos, contemplado en el art. 23, 2 CE,] incorpora, como garantía añadida, el derecho de los parlamentarios y de los grupos en que se integran a ejercer sus funciones en condiciones de igualdad y dentro de la legalidad parlamentaria [...]. Igualmente, se ha puesto de manifiesto que cualquier infracción del estatuto del parlamentario en la Cámara no representa, por sí sola, una lesión del derecho fundamental, toda vez que, [como se ha señalado también en la STC 169/2009], únicamente poseen relevancia constitucional aquellos derechos o facultades que pertenezcan al núcleo de la función representativa parlamentaria, por lo que sólo cabe apreciar vulneración del art. 23, 2 CE si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan ilegítimamente su práctica o adoptan

²⁶ Canosa Usera, Raúl y González Escudero, Ángeles, “Sinopsis artículo 23”...”, p. 3.

²⁷ Véase STC 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4.

²⁸ Así se expresa el TC en su Auto 252/1989, de 17 de mayo, para referirse a los cargos funcionariales o, más ampliamente, no representativos.

decisiones jurídicamente reprobables que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes” (STC 199/2011, de 5 de julio, F. J., 3). Es lo que hallamos en la STC 199/2016, con la actuación del Presidente de la sesión constitutiva de la Cámara, al impedir a la recurrente ejercer su derecho a formar parte de la Mesa.

En último extremo, corresponde a los órganos parlamentarios una interpretación restrictiva de cualquier norma que pueda suponer una limitación al ejercicio de aquellos derechos o atribuciones que integran el estatuto constitucionalmente relevante del representante público y, desde luego, una motivación de las razones de su aplicación.

En definitiva, desde una temprana jurisprudencia el TC ha precisado el núcleo esencial del derecho reconocido en el art. 23, 2 CE, que viene constituido, como se ha reflejado con anterioridad, por el derecho de acceder y permanecer, si bien, el derecho a permanecer en el cargo no ampara las protecciones sobre lesiones potenciales o futuras.

Pero, además de un derecho de igualdad, estamos también ante un derecho de configuración legal, al referirse el art. 23, 2 en su último inciso a los “requisitos que señalen las leyes”, que, por lo demás, viene a sustituir la formulación habitual y tradicional de este principio con una referencia al “mérito y la capacidad”, desplazado al art. 103 CE. Recordemos aquí, por un momento, que la condición de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos tiene limitaciones y éstas tienen un distinto carácter, según que la referencia se haga a funciones o cargos representativos o a puestos de la Administración; la CE ha tenido en cuenta esta distinción al hacer esa referencia a “los requisitos que señalen las leyes”.

Pero debe aclararse que estas leyes no podrán “regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que vacíe de contenido la función que ha de desempeñar o se les estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales o se coloque a ciertos representantes en condiciones inferiores a otros” (STC 32/1985, de 6 de marzo), de modo que “sólo serán admisibles en la medida en que sean congruentes con esa naturaleza y, por tanto, tanto las normas que los establecen como los actos de aplicación de éstas pueden ser [llevados] ante [el] TC, no sólo por quiebra de la igualdad, sino por cualquier otro género de inadecuación” (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 2). En este sentido, es de suma importancia que los Reglamentos de las Cámaras fijen y ordenen los derechos y atribuciones que a los parlamentarios corresponden.

Esta última afirmación -derecho de configuración legal- se traduce en que es obligado integrar, desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, “la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección, de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral [...]. [El objetivo es que] se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos, así como sobre la necesidad de que las [posibles] irregularidades o anomalías del procedimiento electoral [...] afecten al resultado final de la elección para poder apreciar la existencia de una lesión real y efectiva del derecho de sufragio pasivo [...]” (STC 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4). Supone, asimismo, la necesidad de

deslindar el ámbito posible de actuación de los órganos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

5. La conexión entre los apartados 1 y 2 del art. 23 CE y la transformación del mandato imperativo

La prohibición del mandato imperativo en el caso español, como consecuencia de una conversión jurisprudencial, pasó de ser una garantía de tipo institucional a una garantía del ejercicio de un derecho fundamental. Esa singular transformación proviene de la circunstancia de reconocer expresamente nuestro texto constitucional, en su art. 23, los derechos a representar y a ser representados con el rango de fundamentales, lo que ha llevado a considerar la prohibición del mandato imperativo como una garantía última - indirecta- del derecho de los ciudadanos a verse representados (del art. 23, 1 CE) por quienes ellos directamente han elegido.

Tal y como se indicó al comienzo de este trabajo, desde los pronunciamientos del TC de 1983, en torno al art. 11, 7 de la ya derogada Ley 39/1978, de 17 de julio de Elecciones locales, no exentos, por cierto, de polémica²⁹, contamos hoy con un referente sólido y firme para abordar cualquier interpretación constitucional de preceptos que incidan sobre las condiciones de ejercicio de los cargos públicos representativos.

Y la doctrina científica hace esta afirmación³⁰ porque en aquella primera jurisprudencia constitucional el Alto Tribunal incorpora la teoría de los derechos fundamentales y la filosofía del *man vs. State* a la comprensión constitucional de la representación política. La consecuencia de todo ello es que, en nuestro país, resulta hoy imposible hablar de derecho parlamentario sin que aflore el art. 23 CE. Para superar las dificultades con las que se encontró nuestro TC en aquellos asuntos y “salvaguardar un derecho fundamental de configuración legal frente a lo dispuesto en una ley configuradora del mismo, estableció un puente de conexión entre los dos párrafos”³¹ del citado precepto.

Esta conexión está presente en la sentencia que analizamos (STC 199/2016). En efecto, además de un derecho de igualdad, el art. 23, 2 CE “incorpora también un contenido sustantivo propio si se pone [...] en relación con el párrafo 1 del mismo precepto, que preserva el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos [...] por medio de representantes, pues el concepto constitucional de representación incorpora, sin duda, una referencia a un modo de constitución democrática de determinadas

²⁹ A excepción de la STC 28/1983, el resto (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) incluyeron relevantes votos particulares. En aquel art. 11,7 se disponía la pérdida del cargo de representante municipal por abandono voluntario del partido en cuyas listas éste se hubiera presentado.

³⁰ Cfr. Caamaño Domínguez, Francisco, “La prohibición del mandato imperativo” en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Directores), Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1340, que ruego me permitan reproducir aquí por su magnífica descripción de la “metamorfosis” del mandato imperativo.

³¹ *Ibid.*

instituciones públicas que debe ser respetado como contenido necesario de ambos derechos” (STC 135/2004, de 5 de agosto, FJ 4).

Y así es; la garantía del mantenimiento en los cargos públicos y el correcto desempeño de sus funciones, “resulta de particular relevancia cuando [...] la petición de amparo es aducida por un representante parlamentario en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que, en tal supuesto, resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes”³² del art. 23, 1 CE, pues, siguiendo los fundamentos de la democracia representativa, cabe afirmar que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos; el art. 23, 1 y 2 CE quedaría sin efecto “si el representante político se viese privado de este derecho o perturbado en su ejercicio”³³.

En consecuencia, a través de la protección del representante en el ejercicio del cargo, se pretende evitar la existencia de cualquier acto o norma que vulnere el derecho de los ciudadanos a verse representados.

Pero “el daño que los ciudadanos, como representantes, padezcan, no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno, pues [tal trato discriminatorio o perturbación que pueda sufrir el representante] afecta en primer término a su propio ámbito protegido y sólo indirectamente [...] a la situación jurídica de los representados” (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4). Surge así una vertiente del derecho fundamental del art. 23, 2 CE y una clara interrelación, mediante la cual se produce un vínculo argumental ente el derecho del representante al ejercicio de su cargo y el derecho de los ciudadanos a verse representados a través de él. No obstante, esta interpretación no está exenta de dificultades, pues pudiera pensarse que aunque el art. 23, 1 CE reconoce el derecho a la participación política, “no es base suficiente para que un representante alegue como propio un derecho fundamental sólo reconocido a los electores”³⁴; pero el TC (SSTC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4 y 212/1993, de 28 de junio, FJ 4) ha reiterado que la interrelación entre los dos apartados del precepto sólo es posible cuando se trata de cargos públicos representativos elegidos directamente por los ciudadanos: el art. 23, 2 CE [en relación con el art. 1, 2] es un reflejo del Estado democrático [...]”.

Existe, entonces, una instrumentalidad del derecho fundamental reconocido en el apartado 2 en relación con el consagrado en el apartado 1, ambos del art. 23 CE, sin que ello impida la identificación del contenido propio de cada uno de estos dos derechos fundamentales. Uno y otro “se presuponen mutuamente, existiendo entre ellos tan íntima relación que no es excesivo considerarlos modalidades o vertientes del mismo principio de representación política, pero ello no quiere decir que se manifiesten tan

³² STC 199/2016, FJ 3.

³³ Véase STC 169/2009, de 9 de julio, F. J. 2 que recoge esta doctrina de sentencias anteriores.

³⁴ Estas fueron las alegaciones de los firmantes de los votos particulares en el conjunto de SSTC de 1983 a las que nos hemos referido en la página anterior.

absolutamente fusionados que no sea posible conceptuarlos [...] como derechos susceptibles de tratamiento autónomo [...]” (STC 71/1989, de 20 de abril, FJ 3). En definitiva, la conexión entre los dos apartados (ambos derechos sirven al mismo bien jurídico -la representación-), no implica la imposibilidad de identificar el contenido, autónomo y distinto, de cada uno de los derechos fundamentales.

Precisamente es la construcción realizada por el TC sobre la nueva dimensión del cargo representativo, descrita líneas atrás, la que permite que estos derechos no se confundan con la mera configuración legal del *status* del representante; si esta configuración legal “incide sobre el ejercicio del cargo representativo hasta el punto que las limitaciones [...] que se establecen sobre el representante se proyecta sobre el derecho de los ciudadanos a verse representados, la regulación legal cede ante el contenido constitucional de estos derechos”³⁵. Y ello es así; “la vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función [afecta a todos los ciudadanos] y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vacío de contenido el de los representados [...]. En el caso de los cargos y funciones públicos de carácter representativo, una regulación legal [por ejemplo, parlamentaria] que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo” (STC 185/1999, de 11 de octubre, FJ 4)

A mayor abundamiento, y no en vano, el TC ha insistido³⁶ en la íntima conexión que existe, en el caso de cargos representativos, “entre los derechos garantizados en los dos apartados del art. 23 CE, esto es, entre el derecho de sufragio activo y pasivo, la cual no puede desconocerse a la hora de interpretarlos, pues ambos derechos son aspectos indisociables de una misma institución, nervio y sustento de la democracia: el sufragio universal, libre, igual, directo y secreto [...]. [...] Se trata de dos derechos que encarnan la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y del pluralismo político consagrados en el art. 1CE [...] y aparecen como modalidades o variantes del mismo principio de representación política”. No ha sido en balde la afirmación de que el párrafo 2º del art. 23 CE es una especie de reverso del párrafo 1º³⁷, puesto que se refiere al derecho de sufragio pasivo y a los derechos de los representantes políticos.

³⁵ Caamaño Domínguez, Francisco, “La prohibición del mandato imperativo...”, *op. cit.* p. 1341.

³⁶ STC 105/2012, de 11 de mayo, FJ 6. Asimismo, véanse SSTC 24/1990, de 15 de febrero, 71/1989, de 20 de abril, y 119/1995, de 17 de julio.

³⁷ Sánchez Morón, Miguel, “El derecho a participar en los asuntos públicos: art. 23, 2 de la Constitución” en *Comentarios a la Constitución española de 1978* / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Madrid, Cortes Generales, 1996-1999, p. 669.

6. Anotaciones finales

La representación realizada a través de procesos electorales establece formas de participación en el poder y de legitimación política a través del fenómeno social de la “sustitución”. Esta representación política es la vía que hace posible la participación del pueblo en el poder y se encuentra también en el fundamento mismo de la democracia, vinculada a la soberanía del pueblo y, desde este punto de vista, ejerce una función “legitimadora”; la participación del pueblo en el poder, permite establecer nuevos vínculos entre representante y representado.

Con estas afirmaciones³⁸, que encuentran cobertura en el apartado 1 del art. 23 CE y sus concordancias (arts. 1, 1, 1, 2 y 9, 2 CE), deseamos abrir las últimas valoraciones en torno a la STC 199/2016.

Con arreglo al art. 1, 2 CE, la titularidad de los cargos y oficios públicos únicamente es legítima cuando puede ser referida, de forma mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular; pero, en sentido estricto, sólo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación surge inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

Resulta, además, interesante la necesaria ponderación, puesta de relieve por el TC, en los supuestos de concurrencia con otros derechos fundamentales, del derecho al ejercicio de un cargo público representativo *ex* art. 23, 2 CE.

Desde aquel conjunto de pronunciamientos del TC de 1983, descritos a lo largo de la comunicación, hemos asistido a una “metamorfosis” del mandato imperativo y a una interrelación, ya consolidada, entre los dos apartados del art. 23 CE cuando se trata de cargos públicos representativos elegidos directamente por los ciudadanos.

En la sentencia analizada, y a la vista de las disposiciones del RPA, convergen de nuevo ambos apartados del citado precepto, con todas sus derivaciones. Asimismo, y en consonancia con el FJ 4 de aquélla, cuando se reclama la tutela de derechos o facultades que pertenecen al núcleo de la función representativa parlamentaria frente a posibles vulneraciones de los órganos de la Cámara correspondiente -en este caso, el Presidente de la sesión constitutiva de la Cámara-, el Alto Tribunal es especialmente cuidadoso tanto en la identificación de la base normativa del derecho alegado -art. 23, 2 CE, precepto de configuración legal-, como en la identificación de la regulación reglamentaria de las facultades del órgano de la Cámara al que se imputa la vulneración.

En definitiva, una respetuosa interpretación y aplicación de las disposiciones reglamentarias de las Cámaras evitará eventuales lesiones de los derechos de los representantes parlamentarios, permitiendo el desempeño adecuado y eficaz de sus

³⁸ Proceden del que fue maestro de muchos de nosotros en el área de Derecho Constitucional, el profesor Sánchez Agesta.

funciones y, por ende, el correcto funcionamiento de la propia Asamblea -el Parlamento-, como institución básica e imprescindible.

7. Bibliografía

Caamaño Domínguez, Francisco, “La prohibición del mandato imperativo” en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Directores), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1337-1342.

Canosa Usera, Raúl y González Escudero, Ángeles, “Sinopsis artículo 23” en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2> [Fecha de consulta: 17/02/2017].

García Roca, Francisco Javier, *Cargos públicos representativos: un estudio sobre el art. 23, 2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Marrero García-Rojo, Ángel, “El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo” en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (Directores), *Comentarios a la Constitución española, XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 557-576.

Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Sánchez Morón, Miguel, “El derecho a participar en los asuntos públicos: art. 23, 2 de la Constitución” en *Comentarios a la Constitución española de 1978 / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil*, Madrid, Cortes Generales, 1996-1999, pp. 665-679.