

LOS DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES:
UNA REGLA INDIVIDUALISTA DE LA DEMOCRACIA ¹

Javier García Roca

Catedrático de Derecho Constitucional

Letrado del Tribunal Constitucional en excedencia

SUMARIO

A) Las normas constitucionales como normas culturales y la necesidad de fundamentación de este nuevo derecho fundamental

1.- Sobre la fundamentación cultural

2. Una regla de la democracia de naturaleza individualista

3.- Representación y prohibición de mandato imperativo. Un Estado «con» partidos

4.- La titularidad de los cargos públicos representativos por los ciudadanos

5.- Los representantes tienen derechos fundamentales

6.- Consecuencias de la regla /- Los costes: transfuguismo y bandolerismo político

B) ¿Qué son los derechos democráticos de los representantes y a qué filo sofía responden?

1.- La corrección de las tendencias elitistas inherentes a toda elección. Una regla electoral

2.- Un dispositivo contra mayoritario: la contención de la mayoría en provecho de las minorías y de la libertad política. Una regla de la organización interna de las asambleas representativas

3.- El reforzamiento del status activae civitatis. Un principio de la participación ciudadana

C) Reflexión final

1. Este artículo recoge el texto de mi participación en una obra colectiva en homenaje, a la hora de su jubilación, a Francisco Rubio Lorente, libro pendiente de una próxima edición.

A) Las normas constitucionales como normas culturales y la necesidad de fundamentación de este nuevo derecho fundamental

Este trabajo arranca justamente donde acabó un estudio más extenso sobre el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder mediante la concurrencia electoral a determinados cargos públicos en condiciones de regularidad e igualdad (art. 23.2 CE), y luego a ejercer el mandato representativo libre de imperativos que no procedan de los electores (art. 67.2 CE)². Paradójicamente, podría haber estado situado como zaguán de la edificación, si las numerosas ramas de la jurisprudencia me hubieran permitido ver el bosque con nitidez en vez de una selva de pronunciamientos judiciales. No siempre comprensibles además desde categorías doctrinales precisas.

No daré, pues, noticia de los muy variados contenidos del art. 23.2 CE, hoy suficientemente conocidos, labor para la que me remito a mi libro y a los trabajos allí mencionados. Doy, igualmente, por supuesto el conocimiento de la casi inabarcable jurisprudencia que año tras año surge y que estimo haber sistematizado. Tampoco me ocuparé de la mayoría de los problemas estrictamente jurídicos que el derecho fundamental suscita –lo he hecho ya con paciencia, no sé si con acierto– sino de ciertos extremos que a veces se adentran en la Ciencia Política o en la Teoría de la Constitución³. El propósito que ahora abrigo es claro: fundar este nuevo derecho fundamental de los representantes a partir del mismo sistema cultural e histórico del que se desprende. Aquél que conforman el conjunto de los derechos fundamentales de los ciudadanos⁴ y la democracia representativa, a estos efectos comprendida como un procedimiento y método constitucionales de toma de decisiones.

1.- Sobre la fundamentación cultural.

Una exigencia de fundamentación que reclama cualquier derecho fundamental tanto por razones políticas y de integración material como de legitimidad jurí-

2. Cfr. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), Aranzadi, Pamplona, 1999.

3. Cfr. Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, traducción de E. Mikunda, el original en alemán es de 1986. Véase también *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, original en alemán de 1983.

4. Vid. Rudolf Smend, *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, original de 1928, epígrafe “Contenido material de carácter integrador de las Constituciones. En especial, los derechos fundamentales”, p. 225 y ss. parece seguir en este extremo a Kaufmann.

dica según razonó bien Smend⁵. La tarea es más necesaria cuanto más nuevos son esos derechos en la familia del constitucionalismo o más específicos resultan de un concreto ordenamiento. Y, obvio es decirlo, es ésta una labor hermenéutica, al tiempo que axiológica, para la que no basta con aducir su positivación en normas, aunque sean de rango fundamental, ni con invocar su reconocimiento en Sentencias constitucionales, por decisivo que ambas cosas sean. Las normas constitucionales son, de entre las normas que integran un ordenamiento jurídico y precisamente por su elevada jerarquía, aquéllas que mayor asiento cultural exigen.

El sentido material de los derechos fundamentales demanda de cualquier interpretación constitucional, adecuada a esa naturaleza de las normas que los positiván, huir de la literalidad y de cualquier tipo de formalismo y atender, en cambio, al bien constitucionalmente protegido por la norma reconocedora. Es menester comprender los valores que se custodian por cada derecho. Un basamento suficientemente firme para una interpretación finalista, estimativa y sistemática. Entre otras consecuencias, este método de interpretación permite encontrar serios criterios para la interpretación del Derecho positivo⁶.

El propósito de este trabajo está, por tanto, no en motivar con pronunciamientos judiciales sino en convencer con la cultura, con la reflexión, tal y como siempre ha avanzado la historia del constitucionalismo y el pensamiento jurídico desde nuestros precursores ilustrados. Es comúnmente admitido que las normas constitucionales son normas culturales, pero no siempre extraemos suficientes consecuencias de ello. El Derecho Constitucional no es sólo exégesis normativa, lógica interna a las normas, reclama también una comprensión dinámica del Estado constitucional en el que las instituciones se insertan y, en ese contexto, opera la cultura política, la historia, o las experiencias jurídicas propias y comparadas.

Este afán de fundamentación teórica posee amén de razón teórica una ulterior explicación práctica. Muchos sujetos políticos, en particular miembros de los órganos de dirección de las Cámaras que ven sometidas a revisiones jurídicas sus decisiones sin rango de ley, y algunos miembros de la doctrina científica se resisten todavía a admitir la razonabilidad de un control jurídico externo –subsidiario, limitado, excepcional– de la vida parlamentaria y de las instituciones repre-

5. Ibidem.

6. Idem, p. 233.

sentativas locales por diversas razones. Entre ellas, un viejo entendimiento excesivamente rígido de la división de poderes⁷, ligado al cómodo mantenimiento sin excepciones de la doctrina de los *interna corporis* de las Cámaras⁸. O un exceso de confianza en la regla de la mayoría⁹, que se pretende sea la exclusiva regla con la que supuestamente se organizaría la democracia representativa. Un arquetipo demasiado simple, una idea estadística o asamblearia de la democracia que no encaja en el Estado constitucional. Rechazan así cualquier intromisión jurídica en la dinámica de las luchas entre mayoría y minorías, incluso, en el seno de órganos estatales como son las Cámaras parlamentarias o las asambleas locales, que están, por definición sometidos al Derecho salvo en sus actos y relaciones políticas; huertos cerrados, verdaderos señoríos jurisdiccionales en los que no podría entrar la juridicidad inherente al Estado de Derecho y cabría otorgar cartas de autorización a la mayoría para violar derechos de las minorías.

O se empecinan, tras lustros de consolidada jurisprudencia constitucional, en que los parlamentarios y los representantes locales no pueden tener derechos fundamentales, ignorando la función institucional que cumplen los derechos democráticos como derechos funcionales: fijar reglas de procedimiento para garantizar la libertad y la igualdad políticas. Y mantienen el tradicional entendimiento organicista del Derecho parlamentario sin modificaciones, como si los derechos fundamentales por su propia vis expansiva no alteraran necesariamente las normas organizativas en cualquier ámbito; adviértase, por ejemplo, cómo las garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE) han transformado la ordenación del Poder Judicial. O se llevan las manos a la cabeza cuando se habla

7. He razonado el rechazo de un entendimiento absoluto o separatista de la división de poderes en Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 108, 2000, p. 41 y ss. No se trata de “separar” –salvo en lo que atañe al ejercicio de la función jurisdiccional– ni siquiera realmente de “dividir” sino de controlar el poder mediante un sistema de contrapesos y garantizar la libertad a través de un conjunto de reglas complejas.

8. Cfr, por todos, Ignacio Torres, “Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984; “El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, sobre “El principio de los *interna corporis*” p. 193 y ss, con interesantes y críticas referencias doctrinales a Gneist, Bertolini, Modugno, Barile, Manzella, un principio que entra en conflicto con el Derecho Constitucional que surge tras la segunda gran guerra; “Los derechos de los parlamentarios” en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, p. 257 y ss.

9. Sobre la regla de la mayoría véase Ricardo Chueca, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

de trasladar la garantía al seno de unas asociaciones privadas, los partidos políticos¹⁰, verdaderos poderes privados¹¹ que primero seleccionan los candidatos electorales –la experiencia muestra que no siempre de forma suficientemente democrática– y luego vacían de hecho las potestades de dirección política de los órganos constitucionales o directamente ejercen funciones públicas. Y, de nuevo, se sostiene que la ley no tiene por qué adentrarse en regular la organización interna de estas formaciones para asegurarse de que cumplen un mínimo de exigencias democráticas. Los dirigentes de los partidos políticos –la élite que genera cada asociación– a menudo quieren unas organizaciones tan jerarquizadas, unos militantes tan homogéneos y unos cargos públicos tan disciplinados con sus cúpulas que no siempre consiguen conectar con el rico pluralismo democrático existente en sociedades tan complicadas y abiertas como son las organizaciones en Estados constitucionales¹².

Quizá la solución de alguno de estos enredados problemas y, sobre todo, la paulatina superación de diversos de esos injustificados recelos, los que menos gravedad poseen, requiera que reflexionemos previamente sobre la filosofía a la que los derechos democráticos atienden. Se trata una vez más de intentar «comprender» la naturaleza de las cosas, de los derechos fundamentales, antes de «interpretar» las normas.

2.- Una regla de la democracia de naturaleza individualista.

Estamos ante un Derecho democrático dotado de una curiosa naturaleza, pues siendo un Derecho de participación política de los ciudadanos en el Estado, derivado del ejercicio del sufragio pasivo, es, al mismo tiempo, un Derecho de libertad; protege un grado de autonomía de cada concreto representante respecto de

10. Esta es la atinada propuesta de Miguel Satrustegui, “La reforma de los partidos. Reflexiones sobre una promesa del PSOE” en *Claves*, nº 36, 1993. La relativa inestabilidad provocada en ese partido por la experiencia de las primarias advierte que puede haber producido inesperadas resacas y temores en ese y en otros partidos. No es bueno tener miedo a la libertad. Es mejor reformar –corregir y enmendar– a la luz de los concretos errores que las experiencias atesoren, que cambiar bruscamente de rumbo. Y conviene recordar que la seria reforma acaecida no hubiera sido posible sin el impulso de renovación y participación provocado por las primarias entre los militantes.

11. Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Turín, 1970.

12. Vid Roberto Blanco Valdés, “Veinte años de partidos: de la constitucionalización a la contestación” en *La experiencia constitucional (1978-2000)*, G. Trujillo y L. López Guerra (directores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 125 y ss. El autor se interroga ¿quién no pensaba en 1978 que había que fortalecer a los partidos?, ¿y quién no cree hoy, por el contrario, que los partidos ocupan un espacio desproporcionado?

los diversos grupos o formaciones sociales en los que se integra: partidos políticos, grupos parlamentarios, grupos políticos municipales, candidaturas electorales, etc. No sólo de igualdad como el enunciado constitucional expresamente proclama. Tiene, en consecuencia, un acusado cariz participativo a la par que individualista¹³. Tal caracterización puede parecer contradictoria, pero sólo lo es en apariencia¹⁴, si bien denota la complejidad de rasgos dialécticos del derecho fundamental.

Subrayar su dimensión individual puede tenerse por escasamente solidario y, a mayor abundamiento, en un derecho democrático, mas la regla cumple una finalidad muy precisa: salvaguardar un mínimo espacio de libertad e igualdad –no pueden aquí disociarse– de cada representante frente al órgano del Estado en que desempeña su función y frente a las mismas formaciones en las que se asocia e integra. La cuestión debe observarse desde una atalaya más elevada. La compleja democracia representativa actual dista de responder a un único principio democrático¹⁵. Es un sofisticado entramado de principios y reglas de no

13. Es patente que empleo el adjetivo “individualista” no en la acepción del sustantivo “individualismo” relativa a un entendimiento aislado y egoísta de los intereses, o como la propensión a obrar según el propio albedrío y no de concierto con la colectividad, sino en el segundo significado que el DRAE recoge: un sistema que considera al individuo como fundamento y fin de las leyes y de las relaciones morales y políticas. Es esa la filosofía ilustrada que es propia de los derechos humanos: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, aseveraba el art. 2 de la declaración revolucionaria francesa de 1789. O “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro”, el ejercicio de los derechos naturales no tiene más límites que los que aseguren a otros miembros de la sociedad el goce de idénticos derechos (art. 4). La cultura política del constitucionalismo democrático no creo sea en esto diversa del legado liberal.

Pueden verse: Augusto Barbera, “Le basi filosofiche del costituzionalismo” en VVAA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, a cura di Augusto Barbera, Laterza, 1997, p. 3, quien analiza la dimensión liberal y contractualista del constitucionalismo y el iluminismo; y Mauricio Fioraanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, 2ª ed, “Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades”, donde estudia los modelos individualista, historicista y estatalista.

14. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), op. cit., capítulo II “La doble y, en apariencia contradictoria naturaleza del derecho fundamental: un derecho democrático o de participación del ciudadano y, a la vez, un derecho de libertad o autonomía del representante”, p. 101 y ss.

15. Entre nosotros, sobre el principio democrático debe verse Manuel Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, donde, sin embargo, tras una muy oportuna conformación del principio, no se llegan a articular los contenidos del mismo. Una labor que resta en la doctrina española en gran medida por hacer.

sencillo entendimiento¹⁶. La regla que nos ocupa actúa de forma accidental –y complementaria– respecto de otras principales a las que sigue y que ordenan la democracia representativa en el seno del Estado constitucional: la decisión de la mayoría, el respeto de los derechos de las minorías, la función de formación de la voluntad popular que cumplen por mandato constitucional los partidos políticos (art. 6), el mandato libre y no vinculado de cada representante (art. 67.2), el ámbito nacional de la representación, la custodia de las reglas de la división de poderes y del Estado de Derecho; y, al cabo, asegurar el imperio de la ley –no el gobierno desnudo de unos hombres sobre otros– tanto como establecer una sociedad democrática avanzada según el preámbulo constitucional demanda. Los riesgos de un ejercicio egoísta e insolidario de los derechos fundamentales se alejan, en definitiva, cuando se advierte que el precepto que nos ocupa se inserta en un sólido entablado de reglas democráticas que se limitan recíprocamente entre sí y permiten organizar un sistema representativo tan rico y complejo como las actuales sociedades pluralistas de cuya soberanía “emanan” los poderes públicos¹⁷. Podrán existir abusos, pero son excepciones a la regla, costes que merece la pena pagar por el valor de la cosa.

Böckenförde lo ha explicado con maestría desde un razonamiento más amplio que –estimo– engarza con la filosofía ilustrada e individualista que desde el primer constitucionalismo revolucionario francés y estadounidense es propia de los derechos humanos: “Es preciso reconocer que los derechos humanos promueven y desarrollan no sólo el pluralismo, sino también el individualismo ... El Estado depende... de que exista una comunidad de ideas fundamentales entre sus ciudadanos, pero no puede utilizar su poder para crear o mantener esas ideas sino que depende del hecho de que esa comunidad de ideas se mantenga por sí misma”¹⁸.

16. Cfr. José Joaquín Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4º ed. Almedina, Coimbra, 1987, véase el extenso epígrafe “O principio democrático”, p. 326 a 403, donde sí se describen de forma analítica un conjunto de contenidos. Y Antonio D’Atena, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionale” en VVAA, *Perspectivas constitucionais nos 20 anos de ConstituVao de 1976*, Jorge Miranda (coord.), Coimbra Editora, 1996, quien formula esta idea con claridad; del mismo autor y Eugenio Lanzillota (coord.): *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Carocci, Roma, 1998.

17. El verbo “emanar” describe muy bien el fenómeno: los poderes públicos proceden, traen origen y principio de la soberanía popular de cuya sustancia participan. Se usa en el art. 1.2 CE con manifiesto origen en al art. 2 del Título III de la Constitución francesa de 1791.

18. Ernest Wolfgang Böckenförde, “Sobre el Derecho y el Estado” entrevista por Juan González Encinar en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995, p. 20.

3.- Representación y prohibición de mandato imperativo. Un Estado «con» partidos.

En estas dos décadas de experiencias, se ha consolidado una línea de jurisprudencia constitucional que fue espontáneamente creada en torno a centenares de situaciones de hecho, ponderando concretos intereses y, a menudo, enjuiciando arbitrariedades del poder inadmisibles para una sensibilidad democrática. A lo largo de esos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación “constructiva”¹⁹ y definitoria de la norma constitucional reconocedora del derecho fundamental antes que meramente aclaratoria o esclarecedora de su contenido²⁰. Hasta el punto que –considero– sería mucho más correcto hablar de un derecho fundamental de “construcción jurisprudencial” y no de “configuración legal” como la propia jurisprudencia suele denominarlo. Pues no es la ley la que realmente ha concretado y desarrollado el contenido del derecho –como parece querer decirse– sino diversos *leading cases*. Creo también haber demostrado que esa expresión tan habitual en la jurisprudencia constitucional –“derecho fundamental de configuración legal”– es más una cláusula de estilo que una verdadera categoría jurídica, ya que alberga usos muy dispares en los muy variados derechos fundamentales a los que la ha aplicado (tutela judicial, extranjería, autonomía universitaria, libertad sindical, cargos públicos representativos) y dista de haber sido definida entre nosotros de una manera general y convincente²¹.

El problema es más amplio, aunque aquí resulte patente. Los derechos fundamentales, en particular, por venir reconocidos en normas muy abiertas y escuetas, y la justicia constitucional, en general, nos aproximan cada vez más a un sistema de creación judicial del Derecho a través de la interpretación constitucional. Pero también a una democracia cada vez más exigente y, en algunos de sus extremos, inevitablemente judicializada²² con el fin de garantizar tales dere-

19. Ernest Wolfgang Böckenförde, *State society and liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, Berg, New York-Oxford, 1991, “The status of the basic rights as immediately valid law”, p. 175 y sigs., hay traducción posterior al castellano. La interpretación no sólo “explica” el contenido del derecho fundamental, también lo “define”. Una labor que toma la forma de una “construcción” o “concreción” (Konkretisierung) de la norma reconocedora del derecho fundamental.

20. La demostración de la naturaleza constructiva del derecho por la jurisprudencia constitucional puede hallarse Javier García Roca, “Cargos públicos representativos” (Un estudio del art. 23.2 CE), op. cit. capítulo I. No es tampoco una aseveración discutida por la doctrina.

21. Idem, capítulo IV “Un supuesto derecho de configuración legal o, mejor, con los requisitos que señalen las leyes”.

22. Cfr Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bolonia, 1997. También Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995.

chos. Algo que dista de ser un episodio o acontecimiento transitorio, es, pues, inútil y hasta peligroso formular “exorcismos” sobre el gobierno de los jueces²³. Ésta es otra importante faceta del fenómeno. El principio democrático, la soberanía popular, debe ser conjugado con los derechos de libertad que llevan a la protección de los derechos de los individuos. El mismo debate sobre una “democracia exigente”²⁴, la perfectibilidad del sistema, es difícilmente escindible de la eficacia y garantía judicial de los derechos democráticos. Democracia constitucional y cultura de los derechos resultan inescindibles. Bien es verdad que deben desecharse los excesos y riesgos derivados del activismo judicial o que no conviene abandonar las limitaciones que tanto un muy razonable modelo legista de las fuentes del Derecho como de participación mediante partidos políticos imponen. Pero hay que comenzar por admitir estos rasgos modernos de la democracia constitucional para poder construir límites infranqueables y no efectuar críticas extravagantes. Una democracia con un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional fuertes es una democracia que ofrece mayores oportunidades a los ciudadanos: una democracia más fuerte²⁵. Una percepción de la democracia que ha sido por cierto habitual desde siempre en los Estados Unidos a diferencia de lo acaecido en Europa.

Pero claro está, como Böckenförde afirma, una interpretación constructiva, que realiza en términos concretos la sustancia de los derechos y no encuentra fundamento suficiente en las palabras de las normas constitucionales o de sus leyes de desarrollo, viene consciente o inconscientemente guiada por una teoría de los derechos fundamentales por insuficiente que resulte²⁶. Convendrá, pues, cuando menos decantarla y hacerla explícita.

El objeto del derecho fundamental tal y como la jurisprudencia constitucional lo ha entendido –y para ello ha debido ir mucho más allá de la literalidad de

23. *Idem*, p. 153.

24. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, Alianza, Madrid, 2000, traducción de Pilar González, original en 1997.

25. Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli, *op. cit.* p. 154.

26. Cfr Ernest Wolfgang Böckenförde, “The status of the basic rights as immediately valid law”, *op.cit.*

27. Ahí se detenía, en cambio, el art. 3 de la Sección 3ª del Título III de la Constitución francesa de 1791, cuando afirmaba que todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, pueden ser elegidos representantes de la Nación. Ahí siguen deteniéndose los artículos 39 y 40 del Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siglos después, cuando reconocen el derecho de todo ciudadano de la Unión a ser elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y las municipales en la mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. La garantía constitucional española ex art. 23.2. y 67.2 va mucho más allá y –me temo– por delante.

los términos del art. 23.2 CE– no es únicamente el ejercicio del sufragio pasivo²⁷ que hoy se concibe como un derecho subjetivo de cada uno de los ciudadanos de una comunidad política y no desde un viejo entendimiento orgánico del cuerpo electoral. Es algo mucho más amplio que el estricto reconocimiento del derecho a ser elegible en condiciones de igualdad con otros ciudadanos sin distinciones injustificables. Una conquista en parte de las revoluciones liberales del XVIII salvo la seria limitación –y falseamiento de la elección– que entrañaba el sufragio censitario. Los contornos del nuevo derecho fundamental abarcan varios aspectos de la construcción democrática de la relación de representación política dentro de los órganos del Estado.

Para cumplir tal función, la garantía tutela el ejercicio de ciertas facultades por los titulares de aquellos cargos públicos que emanan de los ciudadanos mediante la elección y responden a imperativos de representación política²⁸. La jurisprudencia suele llamarlos “cargos públicos representativos” (diputados nacionales, senadores, parlamentarios autonómicos, parlamentarios europeos, concejales y alcaldes, diputados provinciales) con la finalidad de diferenciarlos de otros servidores públicos que gozan de regímenes jurídicos muy distintos: los “funcionarios públicos” que están ligados al Estado mediante una relación de empleo. Pero también de otros “cargos públicos” designados por las Cámaras y en los que tampoco se produjo una concurrencia electoral. Y, en consecuencia, no habiendo “elección” por los ciudadanos no están integrados en el circuito de la representación política sino en el garantista, es decir, no vienen directamente conectados con el sufragio activo ni con sus demandas. Entre ellos: magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del Consejo General del Poder Judicial y de la Junta Electoral Central, defensores del pueblo, miembros de tribunales de cuentas y consejos consultivos o económico y sociales²⁹.

Curiosamente, el derecho fundamental a acceder a las “funciones públicas” se consagra en esta misma disposición constitucional (art. 23.2 CE)³⁰. Pero creo haber evidenciado que se trata de una norma que reconoce un derecho funda-

28. Cfr Javier García Roca, *Cargos públicos representativos* (Un estudio del art. 23.2 CE), ob. cit., epígrafe “El bien protegido por el derecho fundamental: la representación”, p. 57 y ss.

29. Idem, epígrafe “La distinción entre varias clases de servidores públicos: funcionarios públicos, cargos públicos y cargos públicos representativos”, p. 86 y ss.

30. La fusión en las normas constitucionales de “cargos” y “funciones” públicas ha sido tradicional, pero debería superarse dada la diferencia de objetos y bienes protegidos. La Constitución francesa de 1791 decía entre las disposiciones fundamentales de su Título I que se garantizaba como derecho que todos los ciudadanos eran admisibles a los puestos y empleos sin otra distinción que sus virtudes y talentos.

mental de muy diversa naturaleza, aunque se hayan consagrado a menudo conjuntamente en el pasado en diversos textos constitucionales. Una relación de empleo público es esencialmente diferente a otra de representación política. No son términos de comparación homogéneos. El representante de una comunidad contribuye a formar democráticamente la voluntad estatal, el funcionario sólo actúa por ella. Ya el Diputado Antonio Barnave explicó en la Asamblea revolucionaria francesa que lo que distingue al representante del funcionario es que debe decidir la voluntad de la Nación: querer por ella³¹. Ambos derechos deben ser estudiados de forma independiente. Es menester segregar conceptualmente la disposición (art. 23.2) en dos normas separadas³².

Salvaguardar algunas reglas que ordenan la representación política es el bien constitucional protegido por el derecho fundamental. Esto es una consecuencia de la indisoluble conexión de sentido lógico –no cabe el uno sin el otro– que existe entre los derechos al sufragio activo (art. 23 apartado 1º CE) y al pasivo (apartado 2º). El “puente”³³ que el Tribunal Constitucional ha tendido entre ambos apartados del art. 23 no es una construcción forzada –como a veces se ha dicho– sino inevitable. La edificación se desprende de la posición constitucional del ciudadano que es sujeto a la vez de ambos derechos de participación política y, sobre todo, de que estas dos modalidades del principio representativo están la una al servicio de la otra en una inescindible relación bilateral e instrumental. Nadie puede ser candidato sin electores. Y, del mismo modo, los ciudadanos no votan por divertimento o soliloquio sino para consentir el ejercicio del poder por los gobernantes. Llamamos a esto representación.

El tercer pie del trípode es la concepción constitucional del mandato representativo como libre y no vinculado (art. 67. 2 CE)³⁴. Una garantía de los representantes y una regla de procedimiento democrático que no puede disociarse del

31. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit. p. 29, tomó la cita de Nicolò ZANON, *Il libero mandato parlamentare* (saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione), Giuffrè, Milán, 1991, p.3. Las reflexiones del diputado Antonio Barnave “De la revolución y la Constitución” pueden leerse en Ana M^a Martínez, *La Revolución francesa en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 45.

32. Idem, epígrafe “Un solo precepto constitucional y dos derechos fundamentales con fundamentos, objetos y lógicas hermenéuticas diversas: representación versus empleo público”, p. 84 y ss.

33. Francisco Camaño, *El mandato parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, y “Notas para una teoría de la representación constitucionalmente adecuada” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 32, 1992.

34. Puede verse Pedro de Vega, “Comentario al art. 67” en VVAA, *Comentario a las leyes políticas*, Oscar Alazaga (director), Edersa, Madrid, tomo VI, 1989, y la nueva edición de 1998.

ejercicio de los cargos previstos en el art. 23.2 CE. Cuanto la jurisprudencia ha dicho respecto del art. 23.2 –en el pie forzado de la vía procesal de tutela de derechos que es el amparo constitucional³⁵–, obtiene una reforzada fundamentación teórica y se esclarece notablemente cuando se lee desde la bien conocida concepción de la representación que la interdicción de mandato imperativo y su correlato que es el carácter nacional de la representación suponen. Dos ficciones o dogmas de la representación de cuya larga utilidad y rentabilidad en el tiempo no parece pueda hoy dudarse. Distan de ser fósiles jurídicos como apresuradamente algunos dicen.

Cabría pensar –así se ha defendido³⁶–, haciendo una interpretación histórica u originaria de la génesis liberal del dogma, que esa prohibición de mandato imperativo no juega respecto de los partidos políticos o de los grupos parlamentarios que construyen sino únicamente de los electores, aquellos ciudadanos que en el pasado redactaban cuadernos de instrucciones o de agravios. Pero tal análisis histórico, en primer lugar, no sería sincrónico, dada la ausencia en el Estado liberal de verdaderos partidos políticos. Y, en segundo, nada autoriza a excluir la eficacia de la garantía constitucional respecto de esos sujetos pasivos³⁷ donde la propia Constitución no lo hace, en cuanto norma jurídica que es dotada de eficacia general y de una intensa vinculación. Estimo que la interdicción del mandato imperativo debe ser convenientemente actualizada para operar frente a las nuevas amenazas a la delicada labor del representante; y los riesgos modernos –también muchas virtudes– proceden de los partidos políticos. En el mismo sentido, Nicolò Zanon ha argumentado que tampoco en Italia (art. 67 de su Constitución) o en Alemania (art. 38.1 de la Ley Fundamental) esta prohibición

35. Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit, p. 108, advierte bien que la jurisprudencia constitucional sobre la representación se asienta más naturalmente en la prohibición constitucional del mandato imperativo (art. 67) que en el art. 23 CE como en aquélla se ha hecho. Es en parte cierto. Pero debe advertirse que los pronunciamientos judiciales venían condicionados por el pie forzado que es la vía procesal de amparo de tutela de derechos fundamentales; y reconocerse que pueden reconducirse los contenidos del art. 67.2 a los del art. 23.2 mediante una interpretación sistemática, del mismo modo que la jurisprudencia ha llevado, a efectos de amparo, el Derecho de partidos (art. 6 CE) al Derecho de asociación (art. 22).

36. Ramón Punset, “Prohibición de mandato imperativo y pertenencia a partidos políticos” en VVAA, *Derecho de partidos*, Juan González Encinar (coord.), Espasa Calpe, Madrid, 1992.

37. Defiende también esta tesis Dieter Grimm, “Alemania” En VVAA, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Antonio López Pina (editor), Senado, Madrid, 1994, p. 195 y ss, quien razona que los partidos políticos no son una excepción al análogo mandato del art. 38 de la Ley Fundamental de Bonn.

constitucional es una reliquia histórica: una “pieza de museo” (la frase es de Morstein-Marx)³⁸. Y lo mismo ocurre para el gobierno local en el ámbito del Consejo de Europa por mandato del art. 7.1 de la Carta Europea de Autonomía Local: el estatuto de los representantes locales debe asegurar el libre ejercicio del mandato. Los constitucionalistas debemos encontrar un sentido a estas cláusulas que marcan con mojones un camino que nuestros constituyentes no han querido abandonar, delineado por la libertad y “la conciencia” de los representantes (como dice la Ley Fundamental de Bonn), para decantarse por otro modelo de exclusiva representación por partidos y un mandato vinculado e ideológico, sometido a las instrucciones que esas asociaciones les impartan³⁹.

Para cumplir tal finalidad, la Constitución erige un derecho subjetivo y reaccional con rango fundamental (art. 23.2 CE). Un derecho accionable directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional respecto de decisiones parlamentarias sin valor de ley. Pero también previamente ante la jurisdicción ordinaria en materia contencioso electoral, así como en garantía de los derechos de los representantes locales –y esto es mucho menos conocido– que la Ley de Bases de Régimen Local desarrolla. Un ámbito local en el que son igualmente frecuentes pronunciamientos judiciales de tutela de las minorías.

La “titularidad del derecho” es necesariamente individual: cada ciudadano que concurre a una elección como candidato y luego como representante si es electo. No advierto quepa otra solución lógica, una vez superada por nuestra Norma Fundamental la concepción del sufragio como deber o función. Pero es evidente que este derecho individual puede ser ejercido aisladamente o, con mayor frecuencia, de forma colectiva al asociarse los ciudadanos en los grupos

38. Nicolò Zanon, *Il liberomandato parlamentare* (saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione), op. cit.

En sentido contrario se expresa Norberto Bobbio, quien cree que la prohibición de mandato imperativo ha perdurado en nuestros días en las Constituciones de una manera más formal que real; los partidos políticos –afirma– han roto la relación directa entre electores y elegidos dando vida a dos relaciones distintas, una entre electores y partidos y otra entre partidos y elegidos, de ahí la centralidad de tales asociaciones en el sistema representativo. Vid “Rappresentanza e interessi” en VVAA, *Rappresentanza e democrazia*, G. Pasquino (editor), Saggi Tascabili, Bari, 1988, p. 3 y ss. Sin embargo, en esta misma obra colectiva, Gianfranco Pasquino (“Rappresentanza e decisioni”, p. 314 y ss) sostiene que la representación política no se agota en los partidos, aunque sea el instrumento fundamental (como dice el art. 6 CE), es preciso destacar también la función de los concretos representantes y la responsabilidad personal de los titulares de los cargos, esta personalización del poder se inserta en su defensa de la representación como un programa para la toma de decisiones. Un juicio que comparto.

39. Ibidem.

(partidos, candidaturas, grupos parlamentarios, grupos políticos locales) en los que se integran a efectos electorales y para poder desempeñar luego adecuadamente sus cargos en organizaciones tan enrevesadas como son las asambleas representativas⁴⁰. El ejercicio asociado y colectivo es connatural a la naturaleza democrática y esencialmente política del derecho. Era por ello inevitable que la “legitimación para el ejercicio de acciones”, en especial el amparo constitucional, se reconociera a formaciones como son las candidaturas electorales de los partidos políticos, u otras agrupaciones como los grupos parlamentarios, aunque se encuentren desprovistas de personalidad jurídica. La solución contraria albergaría un formalismo enervante.

La herramienta que el derecho fundamental configura se confía a esos sujetos activos, los representantes, para permitirles construir una relación de representación política entre electores y elegidos y defenderse en esa labor de intromisiones ilegítimas –arbitrarias, irrazonables o desproporcionadas– por parte de una amplia gama de poderes públicos y privados⁴¹. Pues acaso convenga recordar que la Constitución no excluye los poderes privados de su sujeción a los derechos fundamentales, con independencia de los problemas de tutela que el procedimiento de amparo y la llamada eficacia horizontal mediata de los derechos entre privados (*Mittelbare Drittwirkung*) suscitan⁴². Unos poderes que la experiencia demuestra no es extraño tiendan a constreñir de forma indebida la esfera de actuación de dichos representantes.

La lógica de la subsidiariedad obliga a que se conceda ocasión a los órganos de las Cámaras y entidades locales para corregir la lesión constitucional que han producido una vez que así se les ha denunciado por el representante. Sólo si las medidas de reparación del derecho internas al órgano en el que la violación se produjo no resultaren bastantes (v.gr. el trámite de toma en consideración en sede parlamentaria), se arbitra como excepción un control externo e independiente por parte del Tribunal Constitucional. Con frecuencia, la simple amenaza de tal control externo, y de dar publicidad de los hechos denunciados mediante la

40. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit, capítulo III “Los titulares del derecho: los ciudadanos individualmente o asociados”, p. 133 y ss. Se diferencia aquí entre los representantes *uti singuli* y *uti socii* y se distingue entre la titularidad individual del derecho fundamental por concretos ciudadanos y la posibilidad de su ejercicio colectivo, admitiendo la legitimación para el ejercicio de acciones, v.gr., a los grupos parlamentarios.

41. Cfr Giorgio Lombardi, op.cit.

42. Juan María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

impugnación a través de los medios de comunicación social para su general conocimiento por la opinión pública, tendrá una eficacia disuasoria de innecesarias arbitrariedades por parte de la mayoría.

Claro está que todo ello inevitablemente arranca de un determinado entendimiento de la representación política⁴³ de entre los múltiples posibles⁴⁴. Una teoría que simplemente se encuentra insita, tácita e inmanente, en la jurisprudencia constitucional y debemos tratar de aflorar, y aunque sea una doctrina fragmentaria y participe de la insatisfacción que siempre ocasiona cualquier reflexión teórica sobre tan compleja e inabarcable relación⁴⁵.

La representación política no es otra cosa que el intento de que ciertos órganos del Estado, sus Asambleas representativas, tanto las Cámaras como los Parlamentos locales, actúen en lugar del pueblo, es decir, en su nombre y defendiendo sus intereses. Se trata de hacer efectivo el mandato constitucional de que los poderes públicos sitos en el circuito representativo (pueblo-asambleas electivas-gobierno) emanen de la soberanía popular. Para formar democráticamente la voluntad de la persona jurídica estatal desde el pueblo, no existe otra solución que reconocer un derecho fundamental primero a los ciudadanos elegibles y luego a los representantes electos. Desde esta perspectiva, las personas físicas titulares de los órganos representativos son no sólo “fracciones de un órgano”, miembros de su organización interna en cuanto parlamentarios o concejales, sino, sobre todo, “representantes” que deben responder ante quienes les eligieron en ejercicio de su soberanía. Y para poder articular esa relación de representación y subsiguiente responsabilidad política se les concede una “adjudicación de competencia” para decidir de acuerdo con un programa electoral en ciertos asuntos. Reciben entonces una reforzada legitimidad: todo representante actúa

43. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos (Un estudio del art. 23.2 CE)*, op. cit., epígrafes “La interpretación constructiva del derecho fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional: el concepto de cargo público representativo”, p. 39 y ss y “El bien jurídico protegido por el derecho fundamental: la representación”, p. 57 y ss.

44. Una síntesis de las diversas posiciones y transformaciones de la representación puede leerse en Giovanni Moschela, *Rappresentanza politica e costituzionalismo*, Maggioli Editore, Rimini, 1999

45. Recuérdese que acaba por hacer inviable la construcción jurídica de la relación de representación, un verdadero callejón sin salida, la crítica destructiva formulada por Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, México, 1979, epígrafes “Los órganos de creación. Teoría de los órganos del Estado”, p. 341 y ss, y “El órgano representativo (órganos estatales primarios y secundarios)” p. 397 y ss. La insatisfacción inherente a la compleja idea de representación se hace explícita en Hanna Fenichel Pitkin, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

en nombre del pueblo y responde ante él. No es, pues desequilibrado, que como contrapartida de ese privilegiado status se les demande unas mayores exigencias éticas en los conflictos de intereses derivados del ejercicio del cargo.

De ahí el creciente debate en Europa sobre la formalización de códigos de conductas éticas (*Standards in public life*) de los políticos tras la aparición en el Reino Unido del llamado Informe Nolan que recoge los importantes estudios de la comisión parlamentaria por él presidida. Unos códigos que las asambleas podrían discutir y formalizar al principio de cada legislatura, así como arbitrar ágiles e informales mecanismos de denuncia de sus infracciones por parte de los representantes. Y otro tanto podría decirse respecto de los partidos políticos cuyos estatutos internos deberían prever *standards* de exigencias éticas parecidos para sus miembros que desempeñen cargos públicos.

Un representante es alguien comisionado por otros ciudadanos para ejercer un cargo público, y, en consecuencia, debe ser receptivo a las demandas o a los intereses de quienes le eligieron. Con el pensamiento liberal, el mandato se funda en la confianza (trust) de los electores expresada en la concurrencia electoral: en el consentimiento del poder por sus destinatarios⁴⁶. Todo representante viene obligado a responder de su gestión en ese encargo, algo que llamamos “responsabilidad política”.

Ahora bien, según ha precisado recientemente entre nosotros con gran rigor Bustos, siguiendo las continuadas elaboraciones doctrinales inglesas, la responsabilidad política demanda del sujeto responsable “rendir cuentas” (“responder” es la actividad de la que deriva “responsabilidad”) ante alguien en diversos grados, distintos y previos a la “dimisión”. Según el mismo autor, puede bastarle al representante con “informar” o “explicar” su gestión cuando así se le reclame, o con “encauzar” o “dirigir” la de sus subordinados, y sólo le resultará exigible “inmolarse” con el cese en algún excepcional y grave caso⁴⁷. Transparencia e

46. Cfr John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1969, recuérdese que incluso en el capítulo XIII “De la subordinación de los poderes a la comunidad política” afirma que la comunidad es siempre el poder supremo y llega a decir que “ en toda clase de estados y situaciones, el verdadero remedio contra la fuerza ejercida sin autoridad consiste en oponer otra fuerza a esa fuerza”. El fundamento de toda autoridad está pues en la confianza de la comunidad y no en el poder. Entre nosotros, Eduardo García de Enterría, ob. cit., epígrafe XII “La confianza del pueblo como factor básico de la democracia. La idea de trust o la fiducia y su aplicación a los gestores públicos. Confianza no es enajenación de facultades. La imposibilidad de reducir el sistema de confianza pública a un sistema de elecciones...”, p. 93 y ss.

47. Debe verse Rafael Bustos, *La responsabilidad política*, inédito y pendiente de una próxima publicación, cuyas ideas sigo en este extremo.

información, confianza de los ciudadanos y democracia representativa son pilares de una misma edificación. La muy impropia y extendida confusión entre “responsabilidad política” y “cese” o remoción del cargo, que Bustos denuncia, ha enturbiado innecesariamente este fenómeno en España: informar o explicarse es también responder⁴⁸.

Conviene hacer una digresión. Es manifiesto que los partidos políticos encauzan las ofertas y demandas electorales de los ciudadanos, incrustándose en la relación representativa entre electores y elegidos hasta transformarla. Y con mayor razón en un sistema electoral con listas bloqueadas y cerradas como el del Congreso de los Diputados, donde los electores no pueden mostrar sus preferencias sobre los concretos candidatos. Un sistema que dista de ser óptimo, aunque no sea nada sencillo ofrecer alternativas de voto más personalizado. Así otorgar un voto preferencial al elector, permitirle fijar un orden en la candidatura, es una técnica que no parece en la práctica haber funcionado todavía de forma óptima ni en diversos países ni en nuestra propia experiencia constitucional (en el Senado, la posibilidad de que el elector componga su propia papeleta eligiendo los candidatos que desee no ha tenido hasta hoy una gran incidencia en los resultados de la elección).

No menos cierto es que los partidos han vaciado de hecho en gran parte las potestades jurídicas de dirección política que ostentan los órganos constitucionales⁴⁹; y en menor medida otros órganos estatales que no son supremos en su orden. Y que las propias normas constitucionales (art. 6 CE) les atribuyen funciones políticas esenciales como son: expresar el pluralismo político existente en cualquier sociedad abierta, actuar como instrumento fundamental para la participación política de los ciudadanos, o concurrir a la formación de la voluntad popular y a su manifestación.

Pero de cuanto precede no puede deducirse que estas asociaciones privadas de ciudadanos, que cumplen funciones públicas, decisivas pero ubicadas en la

48. Vid Rafael Bustos, op. cit.

49. Cfr Eugenio de Marco, “Valore attuale del principio della divisione dei poteri” en VVAA, *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milán, 1999, tomo I, p. 409 y ss. Va más allá Francisco J. Bastida quien denuncia la insistente propensión de los partidos a legalizar el poder que de hecho ocupan en los órganos del Estado, incluso en el Poder Judicial (véase el art. 30.3 LOPJ), y advierte que hemos pasado de una ocupación de hecho de las instituciones públicas a su progresiva ocupación de Derecho. Prólogo a Miguel A. Presno, *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

vertebración de la sociedad, constituyan órganos del Estado, o sean sus propietarios y las personas que ostentan cargos en los mismos devengan meros mandatarios de los dirigentes de los partidos. Un salto en el razonamiento extremadamente arriesgado. Los partidos no son aparato estatal sino asociaciones políticas fundadas en la libertad; y habrá que pensar que también en la igualdad de sus asociados si, dada la naturaleza pública de sus actividades, aplicamos sobre ellos la igualdad democrática.

Adviértase, primero, que ninguna de esas funciones públicas que nuestra Constitución les concede son funciones del Estado y, segundo, que ni en Alemania ni en Italia –que han tenido en años anteriores debates parecidos al nuestro⁵⁰– existe algo semejante a una previsión constitucional de un mandato de partido o ideológico. Algo que sin embargo, sí ocurre en el art. 163.1. c) de la Constitución portuguesa. Una muestra de que nuestro constituyente, en uso de su libertad de configuración, pudo haber elegido otro diseño y deliberadamente no lo hizo. Y conviene traer a colación que la norma constitucional lusa tampoco se ha revelado eficaz u operativa⁵¹. Insistiré: el mandato libre y no vinculado no es una reliquia histórica sino una seria garantía querida por el constituyente y recogida en una Norma fundamental. Si no se quisiera seguir por este camino habría que reformar la Constitución. Pero ese sendero aún depararía mayores inconvenientes: en la práctica, sería conceder la titularidad de todos los cargos públicos representativos a un reducido número de dirigentes de cada partido: una élite parecida a un nuevo soberano⁵².

Menos aún puede concluirse que los partidos políticos deban considerarse verdaderos titulares de los órganos estatales y estén legitimados para exteriorizar directamente su voluntad. Como Jellinek mostró la “formación de la voluntad de la persona jurídica estatal” (*Staatswillenbildung*) requiere siempre de con-

50. Nicolò Zanon, da noticia de la controversia sobre el nomadismo o transfuguismo en Alemania a primero de los setenta, porque también allí el parlamentario expulsado o que abandona el partido mantiene el escaño, y la hipótesis se ha verificado repetidamente en el Bundestag y en los parlamentos de los Länder. Las propuestas de reforma no tuvieron éxito por retenerse contrarias al art. 38 de la Ley Fundamental (p. 1153). Vid “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, fasc. 6, p. 1151.

51. Véase José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.

52. La necesidad de limitar y controlar a los partidos, en cuanto nuevo soberano, se funda bien en Giuseppe Ugo Resigno, “Limitare il sovrano. Brevi note sui partiti politici” en *Critica del Diritto*, núms. 27 y 29, 1982. Controlar al Príncipe es la vieja y permanente función del Derecho Constitucional.

cretas personas físicas⁵³: un *status activae civitatis*. Una descripción de la esencia del fenómeno que continúa siendo perfectamente válida.

En cambio, debo reconocer que me suscita serios reparos jurídicos la extendida terminología “Estado de partidos”, que surge en Alemania en los años treinta pero que está muy difundida entre nosotros, especialmente, tras la obra de García Pelayo⁵⁴. Estimo que esta categoría alberga graves dosis de ambigüedad e indeterminación, a no ser que se entienda simplemente como un Estado “con” partidos, es decir, el reconocimiento de la relevancia de los partidos de masas en un Estado democrático y de su mediación y protagonismo a la hora de elaborar políticas conciliando los intereses en contraste. La fórmula debería ser seriamente revisada desde la óptica de la división de poderes antes de aceptarla sin escrúpulos. Pues la importante posición constitucional de los partidos debe estar ubicada en una fortalecida sociedad civil, vertebrada en sólidas asociaciones políticas formadas por ciudadanos, relacionándose con los demás grupos o formaciones sociales en los que necesariamente en un Estado social y democrático los individuos se integran. Ese es el verdadero sentido del art. 9. 2 CE a la luz de su arraigo en el art. 3.2 de la Constitución italiana. Pero no dentro de los órganos del Estado⁵⁵ que, por ejemplo, reclaman como titulares personas físicas a la altura de los cargos que desempeñan, y no cabe ignorar su personalidad y calificaciones personales amparándose en la legitimidad democrática de la asociación partidaria⁵⁶. Sin embargo, Triepel definió el Estado de partidos en 1930 (labor que luego siguió Leibholz) como un Estado en el que los partidos políticos se adentran en su organización: “Un Estado que integra o instala a los partidos en su organización de forma tan firme que la voluntad y la actuación estatales en

53. Georg Jellinek, *Sistema dei Diritti Pubblici Subiettivi*, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, traducido por G. Vitagliano y con prólogo de V. E. Orlando, p. 152 y ss. Las Constituciones democráticas han superado el entendimiento de los derechos fundamentales de Jellinek, pero no esta descripción del fenómeno de la Staatswillenbildung.

54. Manuel García Pelayo, *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, quien analiza con detalle el surgimiento del concepto y las distintas corrientes de pensamiento sobre él.

55. Juan González Encinar razona –siguiendo a Habermas y a Hesse– que los partidos viven entre la sociedad y el Estado y en ese sentido no son Estado: ni son órganos del Estado ni forman parte de su organización, pero sí de la organización de la sociedad o Estado comunidad. En suma, no son Estado, pero tampoco asociaciones privadas, se mueven en el ámbito de lo público. Vid “Democracia de partidos versus Estado de partidos” en VVAA, *Derecho de partidos*, op.cit., p. 26 a 39. Se da sucinta noticia allí del Congreso de los Profesores Alemanes de Derecho Público en 1985 sobre el tema “El Estado de partidos: ¿síntoma de crisis del Estado constitucional democrático?”.

56. Puede verse Miguel A. Presno, *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, op.cit., quien analiza fenómenos como son las cuotas de partido en las instituciones del Estado de naturaleza no representativa, o el sistema de botín en la Administración pública.

asuntos esenciales dependen siempre de la voluntad y la actuación de la comunidad de partidos⁵⁷. Mas el lugar constitucional de los partidos no creo sea la organización estatal sino la sociedad civil. Si extrajésemos todas las consecuencias lógicas de una definición estricta del Estado de partidos, los cargos públicos representativos deberían estar ligados a sus partidos por un mandato imperativo: eso que suele llamarse una visión “realista” del fenómeno de la representación; y las potestades de los órganos estatales deberían directamente ejercerse –sin maquillaje alguno– desde sus órganos directivos. Pero ese no es el modelo de representación presente en nuestra Constitución ni de organización constitucional.

No es por ello casual que Nicolò Zanon haya podido considerar la expresión Estado de partidos un poco caduca (“*surannée*”) y, sobre todo, que subraye que la prohibición de mandato imperativo prevista en el art. 38 de la *Grundgesetz* tiene la función residual de impedir las consecuencias jurídico constitucionales más extremadas del Estado de partidos⁵⁸. Un límite frente a los inevitables excesos de la democracia de partidos. Estimo que lo mismo debe sostenerse respecto de nuestro art. 67.2 y de su conexión con el art. 23.2 CE, pues son una misma la situación y las normas.

Tampoco es un azar que Beyme nos haya alertado sobre los excesos de la nueva minoría dominante o clase política generada por el Estado de partidos, y relatado la vuelta de los estudios a la investigación –ya clásica– de las élites⁵⁹. El problema es real.

En este contexto, parece razonable erigir una regla democrática pero individualista de procedimiento que refuerce la posición de cada uno de los militantes y de los representantes también frente a sus propios partidos, para preservarlos de las tendencias elitistas u oligárquicas inherentes a la organización partidaria y, en realidad, a cualquier formación social.

Muy complejo es pronunciarse sobre el interrogante de si los partidos políticos no son realmente los verdaderos representantes de los ciudadanos en vez de

57. Citado por Nicolò Zanon, “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht” en *Giurisprudenza Costituzionale*, de donde tomo el texto alemán en p. 1151. Se refiere a Hans Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, 1930, y a Georg Leibholz, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958.

58. *Ibidem*.

59. Klaus Von Beyme, *La clase política en el Estado de partidos*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, traducción de Jesús Albores, 1ª edición en alemán en 1993.

los concretos ciudadanos elegidos en sus candidaturas. Y con mayor razón en los sistemas con listas cerradas y bloqueadas como el nuestro donde el papel del candidato queda muy difuminado. Puede que así sea. Desde una perspectiva sociológica o politológica, la inmensa mayoría de los electores votan a partidos, o a sus programas, o sus ideas, o a sus líderes, o a sus candidaturas. Aunque todas estas cosas no sean exactamente lo mismo y resulte muy enredado adentrarse en los mecanismos psicológicos del voto, ya que las motivaciones de los electores pueden variar mucho, v.gr., en circunscripciones reducidas, el voto personal a la figura de un Alcalde que cambia de partido no es extraño. Tampoco es ocioso recordar que otras formaciones, por definición inestables, pueden igualmente presentar candidaturas como son las asociaciones de electores o las federaciones o coaliciones de partido; así como que caben candidatos independientes en listas de partidos.

4.- La titularidad de los cargos públicos representativos por los ciudadanos.

Pero, desde la perspectiva jurídica, afortunadamente, el problema es más sencillo. ¿Cómo consecuencia de lo expuesto, habría que atribuir a los partidos la titularidad del mandato representativo? ¿Darles el dominio de todos los cargos públicos representativos?. Estimo que ahí habría un salto en el razonamiento. Nuestro Tribunal Constitucional sostuvo en 1983 (los casos del Alcalde de Andújar y de los concejales comunistas de Madrid) y lo ratificó en 1993 (Alcalde Las Palmas), diez años después⁶⁰, que el sufragio pasivo sólo puede tener sentido como correlato del sufragio activo de los electores; y que quien crea una relación jurídica de representación es el único que puede poner fin a la misma y no una tercera voluntad extraña a la manifestación del sufragio, aunque participe activamente en el proceso electoral a través de la presentación de candidaturas. No se han extraído conclusiones diferentes para el supuesto en que el representante libremente abandone al partido, respecto de cuando es cesado en su militancia por la organización del partido, aunque en esta línea ha habido propuestas doctrinales. De la distinción, esbozada por Kelsen, entre “cese” y “abandono” no han surgido consecuencias jurídicas sobre la titularidad del mandato representativo. Los partidos, por tanto, “presentan” listas, pero las listas no “representan” a los partidos. Podríamos decir parafraseando el viejo art. 11. 7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978 que fue declarado inconstitucional precisamente por afirmar que las listas representan a partidos. Ese es nuestro modelo. Y también el alemán y el italiano, si no entiendo mal.

60. SSTC 5 y 10 /1983, y 31/1993.

Uno de los que mejor han reflexionado sobre la representación entre nosotros, Garrorena⁶¹, ha expuesto sus razonables perplejidades desde la autoridad que este autor posee ante algunas consecuencias de esta doctrina. A su juicio, el problema del llamado “transfugismo” no ha quedado resuelto⁶². Y no estima baste para solventarlo con suscribir acuerdos convencionales entre partidos políticos⁶³. Reclama, por tanto, la intervención del legislador no para decir que entre el representante y su partido el mandato pertenece a este último, sino para sostener que las exigencias del principio democrático impiden que el elegido defraude *in integrum* la opción querida por quienes le dieron su voto, abandonando el partido. Los órganos judiciales deberían resolver cuando estamos ante un legítimo cambio de criterio del representante o ante algo tan burdo que no puede confundirse con ello.

La tesis de Garrorena, pese a su solidez, alberga un peligro: supondría dejar la decisión en manos de una multiplicidad de jueces y tribunales ordinarios, no precisamente expertos en estas problemáticas constitucionales. Y a instancias de los partidos políticos con la tensión que habitualmente ello produce en la opinión pública y en el propio juzgador. Una decisión consistente en resolver qué representante posee derecho a abandonar el partido, en virtud de su cambio de ideal o conciencia, y puede permanecer en el cargo, o, por el contrario, que tal abandono, por injustificado o torticero, conlleva el cese en el mismo. ¿No es un cometido excesivo y con una acusada carga política para una función materialmente jurisdiccional? Tal opción legislativa, de adoptarse, me temo produjera mayores riesgos en muchos campos que el coste real del transfugismo como patología⁶⁴. Pero volveré sobre este problema más adelante.

Ya se ha adelantado que esa esfera de “competencia” propia del representante conlleva un ámbito de “libertad” en la decisión y, como contrapartida, una

61. Angel Garrorena, *Representación política y Constitución democrática (hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, Civitas, Madrid, 1991, y *Representación política, elecciones generales y procesos de confianza en la España actual*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1991.

62. Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España” en VVAA, *La experiencia constitucional*, Gumersindo Trujillo y Luis López Guerra (directores), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, sobre transfugismo p. 61 y ss. Véase también Jorge de Esteban, “El fenómeno español del transfugismo político y la jurisprudencia constitucional” en *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990.

63. Vid el “Acuerdo sobre un código de conducta política en relación con el transfugismo en las Corporaciones locales” de 7 de julio de 1998 en *El Pacto Local* (Medidas para el desarrollo del Gobierno Local), MAP (INAP)-FEMP, Madrid, 1999.

64. Véase Nicolò Zanon, “I diritti del Deputato senza grupo parlamentare...”, op. cit.,

correlativa “responsabilidad política” individualizada⁶⁵. Estimo que es igualmente una consecuencia lógica reclamar de esos ciudadanos que son titulares de cargos públicos una exigencia ética reforzada respecto del común, un *ethos democrático*⁶⁶. Un status de intensos deberes contrapartida de sus derechos y privilegios. Las causas de inelegibilidad, las normas sobre incompatibilidades, las posteriores declaraciones patrimoniales y de intereses, la disciplina de las consultorías parlamentarias y de los lobbies o cabildeos, la previsión de códigos de conducta y de un registro de denuncias de supuestas irregularidades ante comisionados parlamentarios –técnica a la que ya me he referido–,⁶⁷ y otras herramientas semejantes son mecanismos al servicio de que las instituciones se aseguren ese *ethos*⁶⁸. Una evidencia de que la representación política no puede ser construida sin robustecer la dimensión ética que es inherente a la idea de ciudadanía –alguien que ejerce su libertad de participar en el bienestar de una comunidad política– y a la misma idea de Estado.

5.- Los representantes tienen derechos fundamentales.

Añadiré una columna más a la fachada. Cualquier teoría de la democracia contemporánea y cualquier propuesta sobre su perfeccionamiento debería estar basada en la experiencia constitucional que albergamos, en las normas que nos rigen o en las modificaciones posibles, y en los concretos conflictos de intereses en la gobernación que todos observamos. No en inexistentes tipos ideales. La democracia actual es una democracia fuertemente representativa donde las técnicas directas o participativas ocupan un papel menor y complementario de aquella⁶⁹. Böckenförde ha advertido que una democracia utópica e impracticable

65. Rafael Bustos, op. cit., muestra certeramente la tendencia a individualizar la responsabilidad política.

66. Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op.cit., epígrafe “El derecho fundamental como elemento organizativo del proceso democrático: el *ethos* del representante. Ética pública, responsabilidad política y control judicial”, p. 128 y ss.

67. Informe Nolan, *Normas de conducta para la vida pública* (Primer informe del Comité sobre las normas de conducta en la vida pública, presidido por Lord Nolan, presentado en el Parlamento por el Primer Ministro por orden de su Majestad en mayo de 1995), INAP, Madrid, 1996.

68. Cfr. Sabino Cassese y Bernardo Giorgio Matarella (coord.), *Democrazia e cariche pubbliche (Ineleggibilità, incompatibilità, conflitto d'interesi: un problema de etica pubblica)*, Il Mulino, Bolonia, 1996.

69. No sé si las telecomunicaciones o la red alterarán esta aseveración configurando una “teledemocracia”, un modelo plebiscitario en el que las personas puedan votar constantemente desde sus casas mediante un sistema de televisión. Una problemática que escapa de mis conocimientos. Esta es la tesis de James Fishkin, *Democracia y deliberación. Nuevas perspectivas para la reforma democrática*, Ariel, Barcelona, 1995, p.45 “El atractivo de la democracia directa”. El propio Fishkin advierte que este modelo vaciaría el entendimiento de la democracia como deliberación mientras no surjan innovaciones técnicas.

ble no puede seriamente tomarse como modelo de los actuales Estados constitucionales⁷⁰; de la previsible frustración sólo puede esperarse el desencanto democrático.

La especulación sobre la democracia fuertemente representativa que sólo unos pocos –privilegiados– Estados constitucionales disfrutamos en el mundo pasa, en consecuencia, por separar entre gobernantes (electos) y gobernados (electores). No existe “identidad” entre ambos sino “representación”. El poder proviene del pueblo, pero lo ejerce bien de forma muy extraordinaria mediante el poder constituyente (que aún definimos como *res facti non iuris*), o de manera ordinaria y habitual, sustancialmente, a través de la elección de los representantes. Las instituciones de democracia participativa⁷¹ han asumido hoy un papel residual o colateral. Y no parece existir en el umbral del nuevo milenio gran esperanza en su fortalecimiento tras haberse frustrado diversas experiencias innovadoras en distintos períodos de la historia del constitucionalismo⁷². La democracia moderna –no la de los antiguos– es para la inmensa mayoría representación antes que participación ciudadana directa. Los órganos estatales en los que estos cargos públicos representativos deliberan y se integran no pretenden ser el pueblo sino representarlo: defender sus intereses de acuerdo con sus demandas⁷³. Esta representación de intereses políticos sólo puede justificarse en algunos de sus aspectos desde la puesta en conexión de las dos indisolubles modalidades de sufragio ciudadano (activo y pasivo).

A la luz de este entendimiento de la representación como bien constitucional protegido por el derecho fundamental ex art. 23. 2 CE puede comprenderse y fundarse debidamente el triple objeto que configura su contenido según la juris-

70. Ernest Wolfgang Böckenförde, “Democrazia e rappresentanza” en *Quaderni Costituzionali*, n° 2, 1985.

71. Entre nosotros, debe verse Luis Aguiar, *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid, 1977.

72. Boris Mirkin Guetzevitch subrayó que después de la I Guerra Mundial las Constituciones europeas reforzaron las técnicas del referéndum y la iniciativa popular (Austria, Checoslovaquia, Irlanda, Lituania, Letonia, Estonia, Grecia...) a veces en sustitución de las técnicas del parlamentarismo, éste era para él uno de los rasgos más acusados del nuevo Derecho Constitucional salido del antiguo. Vid “Estudio preliminar” a *Las nuevas Constituciones del Mundo (textos integros...)*, Editorial España, 2ª ed. 1931, p. 29. Una cierta euforia participativa fue habitual también en los años setenta entre el pensamiento y la praxis de izquierdas.

73. Hanna Fenichel Pitkin, op. cit., p. 158 a 170 ha argumentado bien que la labor de un representante oscila entre dos polos los “deseos” y el “bienestar” de los representados, la mediación de los partidos políticos complica todavía más el problema, hasta hacer que el dilema no pueda ser resuelto en esos términos, poco más puede decirse que el representante debe “promover el interés del representado”.

prudencia constitucional. Primero, la igualdad y la regularidad en las reglas de acceso y en su aplicación mediante un sistema y procedimiento electorales pulcro. Una elección de la que directamente emana la titularidad del cargo y está en el origen de la relación de representación. La limpieza del procedimiento y la concurrencia electorales es una exigencia de la misma igualdad democrática de oportunidades y de la finalidad inherente a cualquier sistema electoral: traducir las preferencias de los electores en cuotas de poder político de la forma más exacta posible; la democracia puede soportar la discusión del “sistema” electoral, pero no la sospecha de irregularidad en el “procedimiento”⁷⁴.

Segundo, el mantenimiento del representante en el puesto, libre de perturbaciones ajenas al derecho ciudadano de sufragio activo (art. 23.1 CE) que creó la relación, y procedentes tanto de poderes públicos como privados. Un derecho a permanecer en el cargo por el tiempo previsto en las normas como duración del mandato sin que el representante pueda ser cesado o revocado del puesto por voluntades extrañas –por importantes que sean– al sufragio activo del que emana el pasivo. De otra manera la elección devendría un trámite fútil y soslayable.

Tercero, la propia posición constitucional de los cargos públicos representativos que ven tutelado el goce de las facultades que ostentan por un derecho fundamental y las subsiguientes garantías jurisdiccionales inherentes al mismo. Una situación subjetiva activa constitutiva de una relevante posición constitucional del representante: el estatuto del parlamentario o de los miembros de las corporaciones locales. Todo ello con la finalidad de garantizar su mandato representativo libre y no vinculado (art. 67. 2 CE) frente a obstáculos indebidos ocasionalmente creados tanto por poderes públicos (la Administración electoral, los órganos de dirección de las Cámaras, los órganos de gobierno locales) como privados (los grupos parlamentarios, los partidos políticos) y de permitirles edificar en el ejercicio de sus funciones la relación de representación. De nuevo, una garantía constitucional encaminada a permitir construir la voluntad democrática de la persona jurídica estatal a través de concretos ciudadanos.

El carácter fundamental de los derechos de los representantes deriva de la directa conexión de su función: con el estatuto de derechos y deberes constitucionales que es la ciudadanía, con la elección por otros ciudadanos que les invisten de soberanía popular, con su papel indefectible en la formación democrática

74. Vid Pablo Santolaya, “La crisis del procedimiento electoral” en VVAA, *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

de la voluntad estatal, y con su emanación y responsabilidad ante el electorado. Si, para los derechos que derivan de la condición de “persona”, la proximidad o conexión entre la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y los nuevos derechos es un indicio de su fundamentalidad, lo mismo debe ocurrir con los derechos democráticos y su directa conexión con el status de ciudadano y su libre desenvolvimiento. Cuando de derechos de los representantes hablamos tal lazo es doble, pues nos hallamos en el corazón del *status activae civitatis*: un ciudadano que ha elegido participar activamente en el desempeño de un cargo público y asume tan gravosa carga. Sin esta regla de procedimiento democrático, la representación no puede erigirse de manera libre y no vinculada por cada representante, es pues difícilmente discutible que resulta esencial para la vida del Estado democrático y puede hacerse con ella un derecho fundamental. Algo que el Tribunal Constitucional viene manteniendo desde 1988⁷⁵, pero que algunos se resisten a admitir.

6.- Consecuencias de la regla.

Las consecuencias de este nuevo derecho fundamental para diversos ámbitos del Estado constitucional son bastante relevantes. En el procedimiento electoral que reclama una judicialización plena y expansiva de las garantías y la búsqueda de la verdad material, del resultado electoral realmente acaecido, alejando formalismos enervantes. Entendido el sufragio como un derecho fundamental, su garantía no puede sino venir judicializada, una protección que no repugna a su naturaleza sino que es inherente a ella. Aunque imponga algunas limitaciones el cumplimiento de los plazos necesariamente preclusivos de un complejo proceso electoral en marcha, sin detención posible y con un término final predeterminado. Mas en la revisión de la proclamación de electos estas servidumbres no existen.

En la organización propia del Derecho Parlamentario, que debe acomodar progresivamente sus categorías y los Reglamentos de las Cámaras a esta doble dimensión de los parlamentarios como representantes, titulares de un mandato libre, y al mismo tiempo fracciones de un órgano, y, claro está, libremente asociados en grupos parlamentarios, y consecuentemente, sometidos a razonables limitaciones. Es menester compaginar ambas magnitudes superando los tradicionales entendimientos organicistas de la organización parlamentaria, aún muy arraigados. Comprender la necesaria consideración de los derechos de los parla-

75. La STC 161/1988 se apropia o recibe la denominación doctrinal *ius in officium*.

mentarios al tiempo como atribuciones de un órgano y derechos de los representantes: derechos funcionales. El *ius in officium* del que hablaba Santi Romano y recoge nuestra jurisprudencia constitucional⁷⁶. Dejar un espacio de libertad individual a los parlamentarios ordinarios (los *backbencher*) dentro de los grupos y en los trabajos parlamentarios. La deseable organización de la vida de las Cámaras sobre los grupos parlamentarios debe respetar y aprovechar ciertos esfuerzos individuales en el uso de algunas herramientas parlamentarias.

En la consideración de la autonomía municipal como un verdadero Gobierno y democracia locales: una esfera de representación política de intereses a través de cargos públicos representativos⁷⁷. Como reclama la Carta Europea de Autonomía Local del Consejo de Europa, y exige el desarrollo de todas las virtualidades de nuestra Constitución en este terreno, si no continúa leyéndose a la luz de la ley, degradando su fuerza normativa. El Municipio constitucional, órgano representativo, poco tiene que ver con el ente territorial menor que heredamos de la Dictadura, una instancia administrativa; en muchos extremos, no cabe la continuidad del ordenamiento jurídico.

Pero, particularmente, las emanaciones son importantes para la teoría de la democracia, que es lo que aquí interesa, pues la regla que nos ocupa incide en el modelo de democracia y en el debate sobre su perfectibilidad:

-en la necesidad de nuevas formas más democráticas y participativas de hacer política⁷⁸;

-en la comprensión de la democracia representativa y de sus organizaciones (las cámaras parlamentarias, las asambleas locales) desde una perspectiva también individual, complemento de su nuclear vertebración desde formaciones sociales esenciales como son los grupos parlamentarios;

76. Vid Santi Romano, *Principi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1947, p. 112 y ss, y los análisis que de su tesis formula Pablo Lucas Murillo, “El estatuto de los parlamentarios” en VVAA: *Parlamento y Derecho, Parlamento Vasco*, Vitoria, 1991. También Alejandro Saiz Arnaiz, “Sobre la efectividad del derecho de los parlamentarios vascos a recabar información del Gobierno autónomo” en *La Ley*, t. 1988-I.

77. Cfr Javier García Roca, “El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad” en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 282, 2000, p. 23, epígrafe 4 “El principio democrático y el mandato representativo local. El autogobierno local: la autonomía local no es sólo Administración sino dirección política”. También Enrique Belda, *Los representantes locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

78. Joan Subirats “La responsabilidad del político” en *El País*, 8 de abril de 1993.

-en la organización interna de los partidos políticos (la selección interna a los partidos de los candidatos electorales, ciertos espacios de libertad y actuación de los miembros de los grupos parlamentarios) desde bases verdaderamente participativas y democráticas y no elitistas;

-en una robustecida voluntad de Constitución y de vivificar la división de poderes. Pasa, en suma, por revitalizar la democracia representativa y el concepto de ciudadanía al dignificar el oficio de los concretos representantes.

7.- Los costes: transfuguismo y bandolerismo político.

Un coste que indudablemente se paga por esta concepción del mandato representativo como libre y no vinculado –ya se ha dicho– es lo que habitualmente llamamos “transfuguismo”. Mas la anécdota no puede ser fuente de teorías, ni el abuso –como regla general– quita el uso en Derecho. Comparto aquí la sensata posición de Rubio⁷⁹: no todos los tráfugas son tan malos, la expresión alberga una pluralidad de situaciones no igualmente censurables, no todos los representantes que transitan de una formación política a otra sin abandonar el cargo, se mueven por motivos socialmente injustificables, algunos pueden cambiar de ideas, o mantener fielmente su compromiso con el electorado ante un cambio de rumbo inesperado del partido.

Pero es verdad que existe un transfuguismo muy censurable frente al cual el ordenamiento no debe permanecer pasivo, aunque tampoco puedan tolerarse los linchamientos. Es prudente aquí la tesis de Lucas Murillo –que yo mismo he desarrollado– quien propugna desde hace tiempo la conveniencia de resolver el problema desde la cultura política mediante acuerdos entre los partidos políticos⁸⁰. Un método que hemos comenzado a explorar a nivel local en 1998 que ha funcionado con alguna eficacia y cuya articulación y garantía podría mejorarse.

79. Vid Francisco Rubio, “Los tráfugas no son tan malos” en *El País*, 6 de octubre de 1993, y Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, epígrafe “De la parte del infiel y frente al linchamiento: por qué todos los tráfugas no son tan malos. En defensa de la titularidad del cargo por el representante”, p. 77 y ss. En el mismo sentido, Luis M^a Díez Picazo, “Transfuguismo y deontología política” en *Anuario de Gobierno Local 1998*, Marcial Pons, Madrid, p. 79 y ss. Pueden verse también Francisco Vanaclocha, “Los fenómenos de transfuguismo en la nueva política local” en *VVAA: El desarrollo del Gobierno local (una aproximación doctrinal)*, INAP, Madrid, 1999, p. 199 y ss; y Josep M^a Colomer, *El arte de la manipulación política*, Anagrama, Barcelona, 1990, epígrafe “Los trashumantes de las Cortes”, p. 253 y ss; José Ignacio Navarro, “Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?” en *Revista de las Cortes Generales*, n^o 42, 2000, p. 7 y ss.

80. Pablo Lucas Murillo, “Problemas constitucionales de la representación política” en *Debate Abierto*, n^o 7, 1992, p. 127 y ss.

Es evidente también que son posibles ciertas reformas en los Reglamentos de las Cámaras para los parlamentarios que hayan abandonado voluntariamente sus grupos, v.gr., la figura del diputado no adscrito y ciertas matizadas limitaciones de sus prerrogativas o funciones conexas a los grupos.

Pero, sobre todo, en los casos más groseros, los injustificables supuestos de bandolerismo político o transfuguismo retribuido, estas conductas deben reprimirse activamente por los poderes públicos a través de la política criminal⁸¹. Da pie a la actuación del Ministerio Público la nueva y más amplia tipificación del delito de cohecho (artículos 419 a 421 del Código Penal de 1995) para las autoridades que realicen en el ejercicio de su cargo acciones u omisiones constitutivas de delito, ejecuten un acto injusto o se abstengan de un acto que debieran practicar en el ejercicio de su cargo. Antes de privar del mandato a todos los representantes a causa de las culpas de unos pocos, es más razonable que los criminales cumplan sus penas.

B) ¿Qué son los derechos democráticos de los representantes y a qué filosofía responden?

Detrás de cada derecho fundamental hay siempre una necesidad básica al que el ordenamiento jurídico debe dar satisfacción⁸². Cuando esa exigencia se estima esencial, se concede a una situación jurídica activa la protección reforzada y la singular posición constitucional que entraña un derecho fundamental. Así ha ocurrido con los representantes. Mas para consagrar la “fundamentalidad” de un derecho hacen falta en buena lógica jurídica tres cosas: un interés tutelable, un fundamento cultural o político –una justificación ideológica–, y un expreso reconocimiento jurídico mediante su positivación en normas de rango constitucional.

El Estado de Derecho y los derechos fundamentales reclaman una cultura individualista de defensa de los derechos por sus titulares: la confianza del individuo en sus esfuerzos frente a la injusticia. Una permanente lucha por el Estado de Derecho⁸³. Esto es todavía más evidente y necesario en los derechos demo-

81. Luis Rodríguez Ramos, “Transfuguismo retribuido y cohecho” en *Actualidad Penal*, n° 22, 1994, p. 439 y ss. quien compara la nueva tipificación con el viejo Código Penal.

82. Sobre los factores desencadenantes del progresivo enriquecimiento de las declaraciones de derechos véase Pablo Lucas Murillo, “El tiempo de los derechos” en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n° 2, 2000, p. 283 a 284.

83. Pablo Lucas Verdú, *La Lucha por el Estado de Derecho*, Studia Albornatiana, Bolonia, 1975,

cráticos ligados a un estatuto participativo y a una situación activa que es la ciudadanía y la ulterior condición de representante. Los poderes públicos no pueden por sí solos garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos ni asegurar la democracia, son ellos mismos quienes deben luchar por estos bienes. Los representantes, en general, y cada uno de ellos en particular, deben defender su derecho a construir la voluntad de sus representados.

Con lo que hasta ahora se ha razonado y he argumentado previamente en mi libro creo haber demostrado la positivación en normas constitucionales (artículos 23.2 y 67.2 y preceptos concordantes: 66.1, 68.5 y 70, 69.2 y 140, 68.4 y 69.6, etc) de los derechos fundamentales de los representantes, su reconocimiento y adecuada exégesis en la jurisprudencia, y cuál es el bien constitucional protegido por esta herramienta: la representación política. Pero quizá sea preciso mostrar algunas de las más relevantes fundamentaciones políticas y culturales a los que la configuración del derecho fundamental atiende.

1.- La corrección de las tendencias elitistas inherentes a toda elección. Una regla electoral.

La institución central del gobierno y la democracia representativos es la “elección” en cuanto forma de selección de los cargos públicos. No es fácil conceder que la democracia quede confinada a un procedimiento de selección de una élite de gobernantes⁸⁴, pero ese es al menos el mínimo denominador común, el núcleo duro, de toda representación⁸⁵. Sobre ese ámbito objetivo se proyecta de manera primigenia el derecho fundamental. Pero, por paradójico que hoy resulte –y tampoco es fácil advertirlo desde la perspectiva contemporánea– cualquier elección posee en parte una naturaleza aristocrática o elitista, no es pura y descontaminadamente democrática.

La cuestión se aprecia mejor en los inicios de la representación moderna según ha descrito muy brillantemente Manin. Una vez más la historia del dogma

apartado “La lucha por el Derecho”, p. 125 y ss. Es patente que parafrasea a Rudolf Von Ihering, *La Lucha por el Derecho*, Librería Genreal Victoria Suarez, Madrid, 1921, vertida al castellano por Adolfo Posada y prologada por Leopoldo Alas Clarín. Ihering expuso la antítesis propia del Derecho entre la lucha y la paz, respectivamente, como medio y término del Derecho. Es una parte de la naturaleza jurídica la lucha por el Derecho contra la injusticia.

84. Cfr J. A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Harper and Brothers, Nueva York, 1947.

85. Angel Rivero, “Sobre la constitución de la comunidad política y su representación” en *La Política*, nº 4, 1988, p. 99 y ss, monográfico “Política y Derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?”, Paidós, reseñando a Schumpeter.

ayuda a comprender la naturaleza de un fenómeno. La democracia ateniense –evoca este autor⁸⁶– reclutó la mayoría de las magistraturas por sorteo. Esa fue también la tradición republicana combinada a la elección durante bastante tiempo. Personajes tan dispares como Guicciardini, Harrington o Montesquieu pensaban en la naturaleza aristocrática de la elección frente a la democrática del sorteo, y reconocían que este viejo mecanismo prevenía la envidia, suponía una distribución igualitaria de los cargos y también de las cargas, dado que una magistratura es siempre onerosa⁸⁷. El propio Rousseau creía que la selección por sorteo era connatural a la democracia⁸⁸. Todavía Schmitt –recuerda el profesor de Nueva York– advertía que el sorteo permitía la identificación entre gobernantes y gobernados, pero reconocía que era evidente que había devenido un camino impracticable⁸⁹.

La paradoja que Manin establece muy bien es que un método como la elección que se sabía era menos igualitario, no obstante, prevaleció en el gobierno representativo sin mayor debate o reservas: «Cuando surgió el gobierno representativo, el tipo de igualdad política que estaba en el candelero era el de la igualdad de derechos a consentir el poder, no –o en mucha menor medida– la igualdad de oportunidades de obtener un cargo»⁹⁰. Y más adelante: «A los fundadores del Gobierno representativo no les preocupaba que las elecciones pudieran tener como resultado una distribución no igualitaria de cargos: su atención se centraba en el derecho a igual consentir»⁹¹.

Hay pues una predisposición aristocrática desde sus orígenes en el método de selección de los cargos públicos representativos que supone la elección, pues, fue diseñado para consentir el poder antes que para acceder en condiciones democráticas de igualdad a los cargos públicos. El certero análisis histórico que Manin efectúa sobre el principio de “distinción” o de “deferencia” refuerza este entendimiento: al candidato natural, líder o señor de una circunscripción, no se le disputaba realmente la elección⁹².

86. Bernard Manin, *Los principios del Gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, versión de Fernando Vallespín, original en inglés de 1997, p. 19 y ss.

87. Idem, p. 83 y ss., p. 88 y ss., p. 93 y ss.

88. Idem, p. 96 y ss.

89. Idem, p. 105.

90. Idem, p. 118.

91. Idem, p. 119.

92. Idem, p. 119 y ss, capítulo 3, “El principio de distinción”. Afirma Manin en su documentado

Sin embargo, la situación actual en el constitucionalismo democrático, parece ser justamente la inversa que la del constitucionalismo liberal: es un corolario de la igualdad política y esencialmente democrática de los ciudadanos –un status de miembros de una sociedad política, iguales entre sí con independencia de su renta o condición social– pensar en términos de igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos y no sólo de generalización del consentimiento. La mínima garantía, desde esta perspectiva, razonablemente exigible es la regularidad de la elección: la igualdad ante la ley y en su aplicación de los candidatos.

Es aún emblemática la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que dice: las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que “en la utilidad común” (art. 1) y todos los ciudadanos son “igualmente admisibles a las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin más distinción que la de sus virtudes y talentos” (art. 6). Del mismo modo el art. 3 del Título III de la Constitución de 1791 “todos los ciudadanos activos, cualquiera que sea su estado, profesión o contribución, pueden ser elegidos representantes de la Nación”⁹³. Se trata ahora de hacer efectivas estas viejas cláusulas revolucionarias francesas, de actualizar, democratizar y dignificar esa filosofía de los representantes de la Nación sobre el sólido basamento del sufragio universal.

En consecuencia, la regla igualitaria e individualista del art. 23.2 CE debe operar como un correctivo democrático en provecho de los ciudadanos que participan como representantes y coadyuvar a corregir las tendencias elitistas o aristocráticas que son inherentes a toda elección. Un fundamento político en modo alguno desdeñable para una regla jurídica. Cabría incluso asegurarse de la igualdad real de oportunidades en la concurrencia. Es por eso que en mi estudio sobre

estudio que durante los siglos XVII y XVIII en Inglaterra ser designado miembro del Parlamento era un modo de honrar al líder natural de una comunidad local. Las elecciones rara vez eran disputadas. Que otra persona compitiera por dicho honor era considerado como una afrenta al sujeto o a la familia que acostumbraba a ocupar el escaño. Las elecciones eran habitualmente unánimes y rara vez se contaban los votos. Esta restricción al acceso a los cargos públicos representativos que entrañaba el principio de “deferencia” (así lo denomino Walter Bagehot) o “distinción” se fundaba en una doble razón: la posición y el prestigio social del candidato y el coste desorbitado de la campaña electoral que hacía que sólo los ricos pudieran presentarse a las elecciones. Manin efectúa también análisis semejantes en Francia y Estados Unidos.

93. Conviene no olvidar, sin embargo, la profunda degradación del sistema representativo que provocaba el sufragio censitario en el modelo liberal. El art. 2 (27) del Título III de dicha Constitución aseveraba que para ser ciudadano activo era menester, entre otros extremos, pagar en cualquier lugar del reino una contribución directa igual al menos al valor de tres jornales, y no encontrarse en situación de servidor a sueldo.

ese precepto no descartaba que la igualdad que el art. 23.2 CE predica pueda ser también en ciertos casos una igualdad real, y no estrictamente de trato normativo, algo que el BVG ha reconocido en alguna oportunidad excepcional pero que el Tribunal Constitucional no se ha aventurado jamás a admitir⁹⁴. Me parece que, en sede teórica, no puede desecharse tal hipótesis, perfectamente lógica por tratarse de un derecho de naturaleza democrática, aunque soy consciente de los problemas de gobernabilidad que podría suscitar a las leyes electorales la igualdad real en el sufragio y, por tanto, cualquier propuesta concreta debería formularse con prudencia.

La aparición de partidos políticos de masas en el Estado social, sin duda, contribuyó –junto al sufragio universal– a democratizar la elección frente a la situación en el Estado liberal. Pero ellos mismos albergan nuevas tendencias elitistas –son connaturales a toda elección– a la hora de seleccionar internamente sus candidatos. Ya Michels estudió hace tiempo las tendencias oligárquicas en el seno de los partidos y formuló su conocida ley de hierro: la organización es la que da origen a la dominación de los elegidos sobre los electores, quien dice organización dice oligarquía⁹⁵. Y, recientemente, Beyme ha analizado las nuevas minorías dominantes en el Estado de partidos⁹⁶.

Estimo que podríamos asistir al surgimiento de un nuevo y transformado principio de deferencia: a los dirigentes de los partidos en los distintos niveles territoriales no se les disputa la elección como candidato, ni a ellos, ni a quienes ellos designen. El sistema alberga una contradicción: la selección interna de los militantes que acaban formando parte de las listas que se presentan a la concurrencia electoral tiende a realizarse de forma “opaca y oligárquica” por los grupos dirigentes de las organizaciones partidistas; algo que pugna directamente con la lógica democrática de la posterior selección externa de los electos por el

94. Vid Pedro Cruz, “La legislación electoral y circunstancias excepcionales: La igualdad de oportunidades de los partidos políticos en las primeras elecciones generales de la nueva RFA (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 1990)” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 30, 1990; y “Principe d’egalité et droit de suffrage” en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. V, 1989. También Javier García Roca, *Cargos públicos representativos...*, op. cit., capítulo VII “¿Cuál es el contenido del derecho? Una igualdad concreta e integral o reforzada...”.

95. Robert Michels, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2 volúmenes, original de 1915. Es común denunciar algunos de sus excesos, o su autoritarismo, pero, lamentablemente para la democracia, cuanto describe no es historia.

96. Klaus Von Beyme, *La clase política en el Estado de partidos*, op. cit.

cuerpo electoral⁹⁷. Y puede viciar o contaminar la elección desde su orígenes. Los actuales *catch all parties* no hacen sino acrecentar el problema al propiciar un contacto directo entre líderes y electores a través de los medios de comunicación social en detrimento de los militantes y de su participación. El fortalecimiento de los derechos de los afiliados frente a los dirigentes de cada organización, en una relación permanente y no sólo en el esporádico proceso de selección interna de los candidatos⁹⁸, asegurarse realmente de sus derechos de participación, es algo de lo que ni la ley de partidos políticos ni los estatutos internos deberían desentenderse. Aunque sean múltiples las variantes organizativas posibles y deba actuarse con cautela.

Pero no parece que hayamos avanzado mucho en la democratización de los partidos. Tenemos una Ley de Partidos Políticos preconstitucional, que establece una regulación de mínimos y que no saca lecciones de las experiencias constitucionales adquiridas en dos décadas; una legislación anémica y poco estudiosa que debería ser revisada con urgencia y mayores ambiciones. Es paradójico que en el llamado Estado de partidos se legisle sobre casi todo menos sobre los propios partidos. El razonable escepticismo sobre la “eficacia” de las normas legales para reconducir los defectos y democratizar los partidos nunca puede afectar a la “validez” de la disciplina. Comencemos por ahí, ya que no hay otra vía, y al tiempo construyamos mecanismos de garantía. Desde esta defensa de una actualizada regulación, estimo sería útil democratizar por ley el procedimiento partidista de selección de los candidatos, que no es indiferente para el procedimiento electoral. Un conjunto de medidas diversas en su naturaleza que de manera simplificada hemos dado en llamar “primarias”⁹⁹.

Tampoco es nada fácil –ya se ha adelantado– diseñar un sistema electoral (el sistema mixto alemán, las técnicas de voto preferente, etc.) que deje un espacio de libertad a la figura de cada representante dentro de candidaturas presentadas por los partidos y de opción por los electores. Y contribuya indirectamente a for-

97. Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit., p.112.

98. Vid Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España”, op.cit., p. 61, hace un diagnóstico muy certero: “No discuto que algún efecto pueda derivarse de la introducción de las primarias, y me parecería muy bien que se ensayaran, pero si el problema que se quiere atajar es el de la actual desconexión entre el elegido y sus electores pienso que donde verdaderamente hay que actuar es en los viejos hábitos de los partidos y en el largo trayecto que discurre entre elección y elección”.

99. Véanse las dificultades, incógnitas y matices que suscitan en el mismo libro Angel Garrorena, “Veinte años de democracia representativa en España”, op. cit., p. 60 y ss. y Roberto Blanco: “Veinte años de partidos...”, op. cit. p. 120.

talecer la gravedad, personalidad y representatividad de estos como criterio intrapartidista de selección de los candidatos. Pero intuyo que esa y no otra es la única tendencia adecuada a la democracia representativa y sobre la que deberíamos continuar reflexionando con paciencia, sin ocultar ni simplificar un problema que no tiene una solución sencilla.

2.- Un dispositivo contra mayoritario: la contención de la mayoría en provecho de las minorías y de la libertad política. Una regla de la organización interna de las asambleas representativas.

Debe asimismo observarse la cuestión desde la necesidad de establecer diques de contención a los desbordamientos y marejadas inherentes al gobierno de la mayoría. Esto es algo que no tiene buena prensa entre aquellos que se contentan con una idea estadística de la democracia –la exclusiva regla de la mayoría– y no profundizan en la idea de democracia constitucional, fruto de una tensión dialéctica entre distintos ingredientes surgidos a lo largo de no pocas experiencias históricas: un gobierno representativo limitado por una Constitución y el Estado de Derecho¹⁰⁰. En democracia todo no puede ser navegar a toda vela bajo el viento de la mayoría y sin ancla¹⁰¹. Los derechos de las minorías, y cada representante individual es una de ellas, no pueden ser lanzados por la borda sin violar la igualdad y el pluralismo político como valores esencialmente democráticos ni la racionalidad inherente a todo Estado de Derecho¹⁰².

Elster ha señalado bien que la mayoría puede obviar el imperio de la ley bajo el influjo de “un interés poderoso”, o de una “pasión” duradera o simplemente momentánea; y lo ha hecho trayendo a colación a Madison, de suerte que la observación de esta práctica gubernamental es ya muy antigua¹⁰³. Especialmente las pasiones no son extrañas a la acción y dirección de gobierno elegida por la mayo-

100. Vid Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la antigüedad a nuestro días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, original en italiano 1999, Traducción de M. Martínez Neira, epígrafe 3.6 “democracia y Constitución”, p. 142 y ss.

101. La metáfora muy conocida la emplea Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

102. Véase Maria Agostina Cabiddu, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, CEDAM, Milán, 1997. La relación entre mayoría y minoría encuentra un punto de equilibrio en la convivencia y en la libertad de los individuos, en el respeto del pluralismo y de las diferencias. Las minorías son parte de las reglas del juego. La voluntad de la mayoría presupone la igualdad, y ésta, criterios de racionalidad política y jurídica. Respetar la igualdad no es sólo no discriminar sino reconocer la especificidad de cada individuo y grupo.

103. Jon Elster, “Regla de mayoría y derechos individuales” en *La Política*, nº 4, 1988, monográfico “Política y Derecho. ¿Se oponen la democracia y el constitucionalismo?”, p. 23 y ss, la cita en p. 29.

ría, y resultan más peligrosas cuanto menos racionales y más intensas e incontrolables sean. Ocurre en esto con la gobernación lo mismo que con las personas.

La realidad demuestra que son precisos en la democracia constitucional dispositivos contra mayoritarios: Reglas de la división de poderes que disciplinen diversos pesos y contrapesos en provecho de la libertad política. Un control o revisión judicial independiente de las decisiones del gobierno y la administración al que las mayorías tienden a resistirse con todo tipo de obstáculos. La garantía de los derechos humanos incluso frente a la ley, pues la posibilidad de la ley injusta o aprobada sin cautelas de transitoriedad no es una entelequia, etc. Al cabo, restringir el gobierno de la mayoría es una de las funciones de toda Constitución.

Por raro que resulte, ni en su propia esfera interna cada poder es omnipotente ni siquiera las asambleas representativas –locales o parlamentarias– se encuentran *legibus solutus*. La comprensión de esta aseveración demanda una reflexión más elevada. Las bases teóricas derivan del entendimiento de la democracia y de la Constitución democrática como la exclusión de cualquier poder autocrático.

Un régimen político que no sobrevalora ningún poder para asegurarse del equilibrio entre ellos, estima el pluralismo como valor esencialmente democrático y reclama el sometimiento de todos los poderes a la norma constitucional. Estas ideas bien conocidas estaban presentes en la larga obra de Kelsen, Fioravanti ha vuelto a remarcar dicha perspectiva de forma muy sugerente reseñando al maestro austriaco¹⁰⁴.

Una Constitución democrática no tiene dueños: ni siquiera los partidos políticos o las asambleas electivas. Es preciso apaciguar allí también eso que Elster llama “mayorías apasionadas”, mantener en ocasiones el Estado de Derecho, las normas que rigen la organización constitucional, frente a la corriente mayoritaria que se desboca. Y el derecho fundamental ex art. 23.2 CE permite un control jurisdiccional e independiente que promete mantener a raya esas pasiones. La mera previsión de un control externo de constitucionalidad puede bastar como disuasión, pues a las mayorías democráticas no les suele gustar aparecer presentada ante el electorado por los medios de comunicación como violadora de derechos fundamentales.

104. Mauricio Fioravanti, *Constitución...*, op. cit., en el epígrafe antes indicado. Donde se hace un elenco de los trabajos de Kelsen al respecto.

En definitiva, no puede maximizarse el utilitarismo al que responde la regla de la mayoría –recuerda Elster– avasallado a las minorías¹⁰⁵. El único propósito de la representación política desde luego no es proteger los derechos individuales, pero sí es un bien constitucionalmente atendible. La representación y la democracia deben de ser suficientemente adultos como para hacer varias cosas a la vez¹⁰⁶.

Es claro que no hablo de minorías nacionales (grupos étnicos a veces concebidos desde un falso entendimiento teocrático de una nacionalidad, excesivamente uniforme u homogéneo, escasamente dotado de pluralismo interno, cortado por un mismo patrón impuesto por un único partido hegemónico) sino de minorías políticas. De individuos que ostentan la sólida posición constitucional de la ciudadanía, verdaderos titulares de derechos fundamentales a la participación en cualquier asunto que afecte a la representación política. Y que son susceptibles de resultar discriminados o lesionados en sus derechos por razones ideológicas o, simplemente, por intereses o pasiones mayoritarias. Democracia y derechos humanos son conceptos interdependientes que se entrecruzan en la frontera de los derechos democráticos.

Nos adentramos así en todo el debate sobre la necesidad de reforma de los reglamentos parlamentarios. Los grupos se han apoderado en exceso del procedimiento parlamentario hasta llegar a monopolizarlo, con el riesgo de que la vida de las Cámaras languidezca y, desde luego, de que se desfigure la concreta personalidad y entidad del parlamentario ordinario. Algunos le llaman ya «parlamentario individual» en manifiesto pleonismo. Es menester conceder un espacio a los representantes que quieran ejercer iniciativas mediante la titularidad de algunas herramientas parlamentarias: aprovechar los esfuerzos y motivaciones individuales¹⁰⁷. Desde esta perspectiva, se comprende también que ciertas facul-

105. Jon Elster, “Regla de mayoría y derechos individuales”, op. cit., p. 24 y ss, “Argumentos en favor del gobierno de la mayoría”.

106. Idem. Elster ilustra bien este problema de la democracia representativa con una imagen (p. 32): cuando mi madre era niña, ella y sus amigas estaban obsesionadas por una opción hipotética: en el supuesto de que sólo pudieran tener dos de tres propiedades entre la inteligencia, la amabilidad y la belleza, cuáles elegirían... De modo similar se pretende que las democracias sólo pueden tener dos de estas tres virtudes: permitir la deliberación, limitar a las mayorías populares apasionadas, limitar a las minorías legislativas que actúan en función de sus propios intereses.

107. He desarrollado este planteamiento de forma fragmentaria en Javier García Roca, “El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (ya a la luz del art. 23.2 CE)” en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 42, 1995, y luego más ampliamente en *Cargos públicos representativos*, op. cit.

tades de actuación de los cargos públicos representativos son al tiempo atribuciones de un órgano y derechos fundamentales: derechos funcionales o facultades al servicio de una regla de procedimiento democrático.

3.- El reforzamiento del *status activae civitatis*. Un principio de la participación ciudadana.

Hay quien sostiene que el verdadero problema de las democracias contemporáneas reside en el desencanto de los ciudadanos respecto de la política y de los políticos y en su confinamiento en el ámbito privado¹⁰⁸. Puede que sea en muchos casos un rechazo de ciertas formas de hacer política antes que de la propia democracia representativa, y que bastantes de esos ciudadanos sean recuperables¹⁰⁹. Es difícil saberlo, pero es mejor creerlo así –aunque se albergue un sano escepticismo–. Las democracias son perfectibles. Y susceptibles de crítica. Mas, para su mejora, entre otras muchas condiciones –una de ellas es democratizar seriamente la vida interna de los partidos¹¹⁰ y no sólo en los procesos electorales, es necesario robustecer con imaginación la idea de una democracia de ciudadanos. Recuperar el aprecio de las virtudes cívicas o republicanas. En definitiva, adoptar medidas que favorezcan la participación ciudadana en todos los ámbitos públicos. Sin concretos ciudadanos la democracia representativa no existe¹¹¹. La democracia representativa no es sólo democracia de partidos, conlleva libertades individuales.

Nos ubicamos de este modo dentro de un nuevo *status activae civitatis* no tan distinto del clásico: una pretensión del ciudadano de ser objeto de una acción positiva o promocional por parte del Estado y, al tiempo, de actuar por él, contribuyendo a formar democráticamente la voluntad estatal¹¹². Para colocar al ciudadano en esa posición, que dista de poseer por naturaleza, el Estado tiene que otorgarle capacidades que no están en su mano, y que le permitan incorporarse a la organización estatal¹¹³. El sufragio pasivo no es una libertad natural sino

108 . Cfr. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, ob. cit., p. 32. cita a Albert. O. Hirschmann

109. Ibidem.

110. Se ofrece abundante información en José Ignacio Navarro, *Partidos políticos y democracia interna*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

111. Puede verse Wolfgang Graf Vitzum, “L’action civique dans l’État démocratique. L’influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne” en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 43, 2000, p. 463 y ss.

112. Vid la lectura de los status de Jellinek que efectúa Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 247 y ss.

113. Idem, p. 260.

cívica que debe desembocar tras la elección en una atribución de competencia y de las necesarias facultades para decidir. Pese a que la elaboración de las políticas y el compromiso entre las diversas fuerzas se efectúe por la comunidad de partidos políticos.

Schneider ha razonado que los derechos fundamentales de contenido democrático confieren un *status* al ciudadano, una posición constitucional, de la que no puede disponer ni el propio individuo ni el Estado; y representan una garantía de la realización de la idea de democracia: son “derechos funcionales” que aseguran con seguridad la adecuada organización del proceso democrático de toma de decisiones¹¹⁴.

Desde otra perspectiva complementaria, una “democracia exigente” debe llevar a reconsiderar la pretendida autonomía de la política respecto de la ética. Quien no crea que dicha autonomía puede consistir –afirma Pasquino– en una licencia a los políticos para evadir las leyes, se ve obligado a mostrarse muy severo y exigente con ciertas conductas, v. gr., robar para sí o para un partido¹¹⁵. Los escándalos en la corrupción privada o en la financiación electoral de los partidos deslegitiman la democracia representativa y no son política sino otra cosa, en esto la opinión pública debe ser severa. Los partidos políticos son también un ámbito público para el ejercicio activo de la ciudadanía.

Y sabemos, por último, que hay un viejo vínculo moral –cívico– y no sólo político entre el ciudadano y su comunidad; sin esta comprensión de la ciudadanía –dirá Smend– no es posible salvaguardar el contenido esencial de la Constitución¹¹⁶. La representación política y la Constitución democrática no son factibles sin activos ciudadanos. Es preciso un compromiso cívico en las acciones que afectan al interés general, la apatía y la pasividad políticas no consisten en otra cosa que en no hacer uso los ciudadanos de sus libertades y derechos: en el abandono de la responsabilidad del individuo frente a su comunidad local, autonómica o nacional¹¹⁷.

114. Hans Peter Schneider, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. El autor estima que un positivismo formalista no permite construir una teoría de la democracia.

115. Gianfranco Pasquino, *La democracia exigente*, op. cit., capítulo 2 “La ética en la política democrática” y capítulo 3 “La ética pública: entre la convicción y la responsabilidad”.

116. Rudolf Smend, “Ciudadano y burgués en el Derecho Político Alemán”, en *Constitución y Derecho Constitucional*, op. cit., conferencia pronunciada en 1933.

117. Wolfgang Graf Vitzum, «L'action civique dans l'État démocratique. L'influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne», op. cit., p. 466.

C) Reflexión final

Diversas filosofías alientan el complejo entramado de reglas y principios que construyen la actual democracia representativa y constitucional. No sólo el individualismo y la libertad que amparan esta regla constituida por los derechos de los representantes, también el pluralismo político y la tolerancia de las diferencias de los individuos y las minorías sin exclusiones. Y la esencial igualdad de los ciudadanos con independencia de su renta económica y capacidad¹¹⁸. O el asociacionismo democrático que impulsa la integración del individuo en formaciones sociales y le impone razonables limitaciones, siempre y cuando sean libremente asumidas. O la confianza en la Constitución y el Derecho para limitar el poder y la política.

Estas reglas de procedimiento democrático sólo pueden configurarse en sede teórica, al igual que las normas jurídicas, desde la perspectiva del deber ser. No desde lo que a menudo se llama “realismo” y pasa por erigir en regla de Derecho los usos frecuentes y no siempre racionales de los poderes públicos o privados. Ese es el duro oficio del constitucionalista desde la Ilustración: limitar al Príncipe. Y esa labor consiste hoy en controlar los intereses y pasiones de la mayoría, remover las tendencias oligárquicas de toda elección y representación, democratizar internamente los partidos políticos, y admitir que las minorías forman parte de las reglas del juego de toda decisión, y, con mayor razón, en un sistema parlamentario de división de poderes¹¹⁹. Y todo ello pasa en parte por fortalecer la posición constitucional del ciudadano y, como consecuencia, del representante.

Los partidos políticos no pueden ocupar todo el espacio público en la representación ni apropiarse de la organización del Estado, y estas inevitables limitaciones no deben confundirse con su debilitamiento¹²⁰, sino con la necesidad de su reestructuración cualitativa. El “centro de gravedad” de los partidos no puede estar en los representantes institucionales ni en los profesionales que administran

118. Cfr. T.M. Marshall, *Cittadinanza e classe sociali*, UTET, Turín, 1976, original en inglés de 1950; Ralf Dahrendorf, “Cittadinanza: una nuova agenda para il cambiamento” en *Sociologia del Diritto*, nº, 1993, p. 7 y ss; Luigi Ferrajoli, “Cittadinanza e diritti fondamentali” en *Teoría Política*, IX, nº 3, 1993, p. 63 y ss.

119. Véase Juan Fernando López Aguilar, *Minoría y oposición en el parlamentarismo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

120. De “Debilitamiento objetivo del papel constitucional de los partidos políticos” como consecuencia de la jurisprudencia constitucional expuesta, habla Roberto Blanco, “Veinte años de partidos...”, op. cit., p. 112, puede que no sea exactamente así.

el aparato sino en el interior de ellos mismos: sus afiliados¹²¹. Del mismo modo, la relación entre los líderes de los partidos políticos y sus electores a través de los medios de comunicación social no es comparable a la que liga a un general y a sus soldados¹²²: un toque de corneta a votar sin necesidad de mayores explicaciones a la tropa. Los electores son también ciudadanos dotados de derechos. Los partidos tienen, pues, de sobra ocupaciones y funciones públicas muy relevantes que atender en la sociedad civil. Hay trabajo para todos, también para los representantes.

121. Idem, p. 120.

122. Wolfgang Graf Vitzum, «L'action civique dans l'État démocratique. L'influence des citoyens sur les décisions politiques en Allemagne», op. cit., p. 468.