



Sumario

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS	19
PREFACIO	21
INTRODUCCION	25

CAPITULO I

UNA PROPUESTA DE SEGREGACION DEL ARTICULO 23.2 EN DOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CARGOS PUBLICOS *VERSUS* FUNCIONES PUBLICAS. EL CONCEPTO DE CARGO PUBLICO REPRESENTATIVO

1. Una aproximación no contaminada al artículo 23.2 CE por un jurista persa	29
2. Algunos escasos materiales de partida	31
A) Las primeras interpretaciones doctrinales del precepto	32
B) El alcance de una interpretación originaria	34
C) Documentos internacionales y cartas constitucionales de posible influencia	35
D) El rastro de nuestras Constituciones históricas	36
E) A modo de conclusión	39
3. La interpretación constructiva del derecho fundamental efectuada por el Tribunal Constitucional: el concepto de «cargo público representativo» ...	39
3.1. Elementos que caracterizan el concepto	40
A) Un concepto restringido o estricto de entes públicos	40
B) El derecho fundamental no abarca cualesquiera cargos públicos, exige «elección» y «representación política» en entes territoriales del Estado. Tampoco se proyecta sobre cualesquiera «asuntos públicos»	41
C) Primacía de la teoría de la representación sobre la del órgano ..	45
D) Formación democrática de la voluntad estatal	47
E) Participación de los ciudadanos mediante sufragio universal ..	48
F) Elección directa o indirecta siempre y cuando se cree por los ciudadanos una relación de representación	48

G)	Los sufragios activo y pasivo como derechos distintos y, al tiempo, modalidades de un mismo principio de representación política	51
3.2.	Un supuesto problema para la validez del concepto: la fusión entre las teorías del órgano y de la representación	52
A)	Las teorías del órgano y de la representación en Jellinek	52
B)	La imposible construcción material del órgano y la representación como ficción en Kelsen	53
C)	Un punto de partida válido: representación <i>versus</i> identidad en el Estado constitucional. La adjudicación de competencia para decidir al representante y su subsiguiente responsabilidad	55
D)	Algunos pilares para una doctrina de la representación	56
4.	El bien jurídico protegido por el derecho fundamental: la representación	57
A)	El cargo público no como empleo sino como comisionado o representante	57
B)	La función del cargo público en la democracia representativa	58
C)	La insatisfacción inherente a la idea de representación	61
D)	Las fragmentarias aportaciones a la teoría jurídica de la representación de la jurisprudencia constitucional	63
a)	La titularidad de los cargos por los representantes y el lugar de los partidos políticos	64
b)	El carácter nacional de la representación en Cortes Generales y el ámbito espacial de la representación	75
E)	De la parte del infiel y frente al linchamiento: por qué todos los tránsfugas no son tan malos. En defensa de la titularidad del cargo por el representante	77
5.	Un solo precepto constitucional y dos derechos fundamentales con fundamentos, objetos y lógicas hermenéuticas diversas: representación <i>versus</i> empleo público	84
A)	Empleados públicos y representantes: dos ámbitos objetivos de la realidad social diferentes de los cuales surgen derechos fundamentales con distintos regímenes jurídicos	84
B)	La distinción entre varias clases de servidores públicos: funcionarios públicos, cargos públicos y cargos públicos representativos	86
C)	Un distinto canon hermenéutico de las reglas igualitarias de acceso en ambos derechos: la lógica de los principios de mérito y capacidad en la relación funcional frente a la idea de representación política propia del cargo electo. Algunos ejemplos	88
a)	La variada gama de oposiciones restringidas	91
b)	La titulación	94
c)	La edad	94

	<u>Página</u>
d) El cumplimiento de los plazos legales	95
c) El conocimiento de las lenguas españolas distintas al castellano y propias de las Comunidades Autónomas como requisito de mérito o capacidad	95
f) A modo de conclusión: la muy discutible relación entre los artículos 103 y 23.2 CE: ¿Se agotan los principios de mérito y capacidad en su conexión con el artículo 23.2?	97

CAPITULO II

LA DOBLE Y, EN APARIENCIA, CONTRADICTORIA NATURALEZA DEL DERECHO FUNDAMENTAL: UN DERECHO DEMOCRATICO O DE PARTICIPACION DEL CIUDADANO Y, A LA VEZ, UN DERECHO DE LIBERTAD O AUTONOMIA DEL REPRESENTANTE

1. La perspectiva institucional y objetiva: la dimensión participativa y democrática de los derechos políticos	101
A) Los principios democrático, representativo y mayoritario. Tutela de minorías y pluralismo	101
B) La justificación del fenómeno de la formación de la voluntad del Estado mediante voluntades humanas en Georg Jellinek	107
C) La dualidad derechos de libertad <i>versus</i> derechos democráticos precisada por Carl Schmitt	109
D) La posición de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la naturaleza del sufragio pasivo como derecho subjetivo de participación	110
2. La situación jurídica del ciudadano: el sufragio pasivo como derecho subjetivo	112
3. El sufragio pasivo como origen de un derecho de autonomía primero del candidato y luego del representante	117
A) Consecuencias de la configuración constitucional del derecho a permanecer en el cargo y a ejercer sus atribuciones como un derecho de libertad o autonomía: en la posición individual del parlamentario y del representante, y en las teorías de la democracia y de los derechos fundamentales	117
B) El derecho a renunciar al cargo	121
4. La constitucionalización del mandato libre (art. 67.2 CE) y su incidencia en el artículo 23.2 y en la relación de representación	122
5. El derecho fundamental como elemento organizativo del proceso democrático: el <i>ethos</i> del representante. Ética pública, responsabilidad política y control judicial	128

CAPITULO III

LOS TITULARES DEL DERECHO: LOS CIUDADANOS,
INDIVIDUALMENTE O ASOCIADOS

A)	El concepto de ciudadano	133
B)	Ciudadanía y nacionalidad	135
C)	Ciudadanía y mayoría de edad	136
D)	La exclusión de la titularidad del derecho por los partidos políticos, los sindicatos, asociaciones profesionales y, en general, las personas jurídicas. La especial problemática de los entes locales	137
E)	La extensión de la ciudadanía en el Tratado de la Unión Europea: la institucionalización de una incipiente ciudadanía comunitaria	140
F)	Titularidad individual del derecho y legitimación de las formaciones sociales para el ejercicio de las acciones	143
G)	Los cargos públicos se ejercen por los representantes de manera individual y en los grupos en que se integran: la conexión entre los artículos 23.2 y 9.2 CE. La comprensión democrática del derecho fundamental lleva a reconocer su ejercicio por los representantes <i>uti singuli</i> y <i>uti socii</i> , y a distinguir entre la titularidad individual del derecho y la posibilidad de su ejercicio colectivo	145
H)	Dos limitaciones legales del sufragio pasivo: la condición de elegible y la presentación del candidato por las organizaciones habilitadas. Las exigencias, derivadas del derecho fundamental, de democracia interna en la selección de los candidatos por los partidos	147

CAPITULO IV

UN SUPUESTO «DERECHO FUNDAMENTAL DE CONFIGURACION LEGAL» O, MEJOR, CON LOS REQUISITOS QUE SEÑALEN LAS LEYES

1.	¿Qué añade el respeto al contenido esencial a un pretendido derecho de configuración legal?	151
A)	La cláusula «con los requisitos que señalen las leyes» a la luz de los artículos 23.2 y 53.1 CE: contenido esencial, vinculación al legislador y reserva de ley. La justificación de los límites	151
B)	La necesaria búsqueda de una idea previa del contenido del derecho, e indisponible por el legislador, tanto desde una aproximación absoluta como relativa	157
2.	¿Existe un contenido <i>ex constitutione</i> del derecho de acceso a los cargos públicos representativos?	159
A)	La regularidad de la elección (art. 66.1 CE)	160
B)	La constitucionalidad de los requisitos legales de acceso: capacidad electoral y causas de inelegibilidad (arts. 12, 68.5 y 70 CE)	161
C)	¿La igualdad de los candidatos ante el sistema y el procedimiento electorales (arts. 69.2 y 140 CE)?	162

	<u>Página</u>
D) La constitucionalidad de las causas de cese (arts. 68.4 y 69.6 CE) ..	163
E) La renuncia al cargo (art. 23.2 CE)	163
F) Los requisitos para la toma de posesión o adquisición de la condición de cargo público representativo [arts. 70.2, 23.1, 16 y 20.1, a) CE]	163
G) El derecho a desempeñar las atribuciones del cargo o «derechos funcionales», y la obligación de satisfacer los deberes propios del mismo (arts. 68.4, 69.5, 71.4 y 109 CE)	164
H) Recapitulación	166
3. El juego de las tres reservas de ley de los artículos 81.1, 53.1 y 23.2 CE ..	167
A) Su interpretación conjunta	167
B) Algunos problemas extraídos de la jurisprudencia constitucional ...	176
a) La inconstitucionalidad de la introducción de requisitos <i>ex novo</i> mediante la potestad reglamentaria del Gobierno	177
b) El lugar de los Reglamentos parlamentarios en la reserva de ley	177
c) ¿La transcendencia nomotética de costumbres, usos o precedentes parlamentarios? La alteración <i>ex post facto</i> de la regla ..	177
d) La conexión entre la reserva de ley y el principio de legalidad del derecho sancionador (art. 25.1)	179
4. ¿A qué llamamos derecho fundamental de configuración legal?: una hidra de mil cabezas	179
A) Una expresión equívoca que la Constitución no emplea. Acepciones posibles	179
B) La configuración legal del derecho fundamental en cuanto conjunto de condiciones materiales que hacen posible el ejercicio de un derecho de prestación	181
C) Los derechos de configuración legal como derechos constitucionales cuya titularidad y objeto es disponible por el legislador. La posibilidad de establecer por ley condicionamientos adicionales	182
D) El contenido adicional del derecho, concedido por la libre configuración legal, no es contenido esencial, va más allá, pero puede ser protegido en amparo	184
E) La configuración legal como una regla hermenéutica: la creación legal de una facultad o derecho pasa a integrar el objeto del derecho fundamental	185
F) Consideración conjunta	186

CAPITULO V

LA TRIPLE DIMENSION OBJETIVA DEL DERECHO: EL ACCESO, LA PERMANENCIA Y EL EJERCICIO DEL CARGO

CAPITULO VI

LA IGUALDAD EN EL ACCESO: EL DISCUTIBLE ALCANCE DEL ARTICULO 23.2 EN LA REGULARIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTORALES

1. Introducción: el artículo 23.2 como cobertura para una extravagante competencia electoral	193
2. Sufragio pasivo, capacidad electoral y causas de inelegibilidad e incompatibilidad. Criterios jurisprudenciales	196
A) La inscripción del candidato en el censo	198
B) La ciudadanía autonómica	198
C) Nacionales y extranjeros	198
D) Privaciones de sufragio por Sentencias condenatorias: es función de los Tribunales penales determinar el sentido de las penas de inhabilitación de cargo público o de sufragio que impongan; la posibilidad, en cambio, de revisar las decisiones parlamentarias dictadas en cumplimiento de dichas Sentencias	199
E) La interdicción de una interpretación analógica o extensiva de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad y el empleo de una interpretación finalista vienen impuestas por la vigencia del derecho fundamental	202
F) El riesgo de Sentencias declarativas y la obvia necesidad de una vía urgente de amparo de proclamación de candidaturas	202
3. Presentación y proclamación de candidaturas y constitucionalización del sufragio pasivo: la vía de amparo del artículo 49.3 de la LOREG. ¿Qué irregularidades son revisables con amparo en el derecho fundamental? ..	203
A) Introducción	203
B) No son enjuiciables las irregularidades estatutarias, internas a un partido, y anteriores al proceso electoral	207
C) La denominación, siglas y símbolos de los partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores como medio de identificación de las formaciones electorales en que el candidato se integra.	207
D) El orden de las listas electorales y la igualdad formal en la ley	209
E) La autenticación de las firmas de una agrupación de electores	210
F) Irregularidades subsanables	211
a) La ausencia de suplentes	211
b) Rectificar el nombramiento de un Administrador electoral, que era al tiempo candidato, como causa de incompatibilidad	211

	<u>Página</u>
c) La carga de aportar certificados de inscripción en el censo y de antecedentes penales	211
G) La imposibilidad de la modificación de las candidaturas	211
H) «Irregularidades» y «defectos sustantivos». La advertencia de oficio de las irregularidades	212
I) <i>Favor libertatis</i>	213
J) Es obligado el cumplimiento de los requisitos que fijen las leyes y superen un juicio de razonabilidad	213
K) A modo de conclusión	214
4. Igualdad de oportunidades durante la campaña electoral y utilización de medios públicos: una dimensión prestacional del derecho fundamental ...	214
5. Sistema electoral, cláusulas de barrera legal e igualdad en el sufragio: la igualdad en la ley electoral como regla general y la hipótesis de una igualdad real como posible excepción	216
6. Proclamación de electos e irregularidades invalidantes de la elección y deducibles en el amparo constitucional	222
A) La validez de las actas electorales está sometida, por mandato constitucional (art. 70.2) y por la misma naturaleza del fenómeno jurídico, al control judicial	222
B) De la experiencia que la jurisprudencia constitucional otorga en su actividad de revisión de la regularidad electoral: el cumplimiento escrupuloso de las reglas de elección, los llamados criterios cuantitativo y cualitativo como reglas de enjuiciamiento	226
C) Los azorantes sucesos acaecidos en las elecciones generales de 1989. Un camino que no debe volver a recorrerse	232
D) La oportuna reforma de la LOREG en 1991: la creación del amparo <i>extra ordinem</i> del artículo 114 de la LOREG, el reforzamiento del papel de la Junta Electoral Central, y la doble instancia jurisdiccional	236
E) Una bomba de explosión retardada: la suma del criterio cuantitativo y la llamada interpretación de la legalidad electoral <i>secundum Constitutionem</i>	238
F) La discutible búsqueda de la verdad material sin necesidad de retrotraer al órgano judicial de procedencia	245
7. Epílogo: ¿El Tribunal Constitucional como Tribunal Electoral?	246

CAPITULO VII

LA GARANTIA DE LA IGUALDAD EN EL EJERCICIO DEL CARGO: EL ESTATUTO DE LOS PARLAMENTARIOS, Y, EN GENERAL, DE LOS CARGOS PUBLICOS REPRESENTATIVOS PROTEGIDO POR EL ARTICULO 23.2

1. La idea de estatuto de los parlamentarios	251
--	-----

	<u>Página</u>
A) El estatuto de los parlamentarios, como conjunto de derechos y deberes, y su conexión con el artículo 23.2	251
B) El reforzado estatuto individual de los parlamentarios en el Parlamento de partidos dada su condición de representantes y en virtud del derecho fundamental. El predominio de los Grupos parlamentarios y sus necesarios límites	253
C) La revisión externa de las decisiones parlamentarias y sus requisitos .	256
D) El sentido del trámite de reconsideración frente a acuerdos de la Mesa como vía previa al amparo constitucional	260
E) La consideración democrática del estatuto del representante <i>uti singuli</i> y <i>uti socii</i> : los Grupos parlamentarios	264
2. Un obstáculo previo: el mito de los <i>interna corporis</i> y la tradicional oposición a la existencia de controles externos a las labores de las Cámaras	266
A) Una primera línea de jurisprudencia restrictiva en torno a la independencia de las Cámaras	266
B) La superación de la doctrina de los <i>interna corporis</i> cuando el acto parlamentario, externo o no, lesiona derechos fundamentales	271
3. Un requisito para adquirir la plena condición de parlamentario y posterior al acceso mediante elección: el juramento o promesa de la Constitución. El deber positivo de acatamiento a la Constitución de los cargos públicos representativos	274
4. Las facultades de los parlamentarios son, a la vez, derechos fundamentales a la participación política de los representantes y atribuciones de un órgano: los derechos funcionales	283
A) Refutación de las tesis tradicionales u organicistas negadoras del llamado <i>ius in officium</i>	283
B) La desacertada remisión a los Reglamentos para la construcción del <i>ius in officium</i> de los parlamentarios según la jurisprudencia constitucional	292
5. El derecho a las remuneraciones de los parlamentarios y a las subvenciones de los Grupos y su correspondencia con el deber de asistencia	295
A) El derecho fundamental no garantiza la remuneración del cargo público representativo: una línea obsoleta de jurisprudencia de los ochenta	295
B) La jurisprudencia de los noventa: el derecho fundamental incluye la garantía de las subvenciones de los Grupos parlamentarios para facilitar la participación de sus miembros	296
C) La necesidad de superar esa contradicción jurisprudencial mediante la equiparación entre parlamentarios y Grupos. La remuneración del parlamentario es un contenido prestacional del derecho fundamental en un Estado democrático	298
D) El deber de asistencia de los parlamentarios a las sesiones del órgano	300

E)	Es inherente a la condición de parlamentario, en cuanto titular de un órgano y a diferencia del mero representante, permitir alcanzar un <i>quorum</i> que haga posible la formación de la voluntad estatal	302
6.	¿Un derecho a la información?	303
A)	Su anclaje constitucional e integración reglamentaria	303
B)	Los derechos individuales a la información de los parlamentarios no son derechos absolutos: los límites del derecho	304
C)	Contestaciones y ausencia de contestación por parte del ejecutivo: las limitaciones del derecho. La imprevisión legal de un conflicto entre órganos constitucionales a instancias de las minorías parlamentarias	307
7.	El <i>ius ut procedatur</i>	311
A)	El derecho a la tramitación como paradigma de los derechos de configuración legal. Es menester una construcción que impida la transformación de la garantía en una pretensión de revisión externa de la íntegra regularidad del procedimiento	311
B)	Las facultades de admisión y calificación de los órganos parlamentarios	313
8.	El derecho de enmienda	314
A)	La enmienda como derecho individual	314
B)	La firma del escrito de enmienda por el Portavoz del Grupo no configura un juicio de admisión	316
C)	Las facultades de los órganos de dirección de la Cámara para calificar y admitir escritos	319
9.	El derecho a la interrogación	320
A)	El derecho de los parlamentarios a formular preguntas e interpellaciones: alcance y sentido	320
B)	La dificultad doctrinal para diferenciar las distintas variantes procedimentales del derecho de interrogación y las facultades de la Mesa para calificar, inadmitir y convertir escritos	323
C)	El llamado criterio del cupo y otras prioridades en la tramitación de escritos	327
10.	El mantenimiento de la relación representativa en la formación de la voluntad del órgano y sus manifestaciones: la proporcionalidad de los Grupos parlamentarios en las Comisiones y en la designación de los Senadores autonómicos	328
11.	La matizada extensión de un estatuto análogo al resto de los cargos públicos representativos. El mandato representativo local. El lugar del ejecutivo	331

CAPITULO VIII

¿CUAL ES EL CONTENIDO DEL DERECHO? UNA IGUALDAD CONCRETA E INTEGRAL O REFORZADA: REGULARIDAD EN EL ACCESO, IUS IN OFFICIUM Y DERECHO REACCIONAL

1. ¿De qué igualdad hablamos? La insuficiencia del juicio de igualdad ante la ley como parámetro. La compleja estructura de los derechos de igualdad	333
A) La igualdad política o democrática como igualdad ante la ley. La paradoja de la igualdad o la colisión entre las igualdades de trato y resultados	333
B) El concepto formal de igualdad empleado por la jurisprudencia constitucional	341
C) El combinado «igualdad» más «representación» más « <i>ius in officium</i> » lleva a configurar un juicio de regularidad de las atribuciones y derechos funcionales del representante según ciertos cánones	343
D) Los derechos de igualdad definitivos concretos: la igualdad integral o reforzada	344
2. El rechazo del supuesto carácter superfluo del artículo 23.2 CE por su subsunción en la igualdad del artículo 14 CE	346
3. El derecho fundamental como derecho subjetivo y derecho reaccional ..	348
A) Sobre los todavía llamados derechos públicos subjetivos: una categoría histórica	348
B) Derechos subjetivos y derechos fundamentales	350
C) Un derecho reaccional	351

CAPITULO IX

RECAPITULACION FINAL

BIBLIOGRAFIA	375
--------------------	-----

Abreviaturas

ATC	= Auto del Tribunal Constitucional
BOC	= Boletín Oficial del Congreso
BOE	= Boletín Oficial del Estado
Bverf GE	= Decisiones del Tribunal Constitucional alemán
BVG	= Tribunal Constitucional alemán
CE	= Constitución Española
CEAL	= Carta Europea de Autonomía Local
CEC	= Centro de Estudios Constitucionales
CGPJ	= Consejo General del Poder Judicial
F.	= Fundamento Jurídico o de Derecho
INAP	= Instituto Nacional de la Administración Pública
IVAP	= Instituto Vasco de la Administración Pública
LCAT	= Legislación de Cataluña (Aranzadi)
LG	= Legislación de Galicia (Aranzadi)
LODE	= Ley Orgánica del Derecho a la Educación
LOECE	= Ley Orgánica Estatuto de Centros Escolares
LOPJ	= Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	= Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOTC	= Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPV	= Legislación del País Vasco (Aranzadi)
LRU	= Ley de Reforma Universitaria
MEC	= Ministerio de Educación y Ciencia
RCD	= Reglamento del Congreso de los Diputados
RCL	= Repertorio Cronológico de Legislación (Aranzadi)
RJ	= Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
RS	= Reglamento del Senado
RTC	= Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
STC	= Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
TC	= Tribunal Constitucional
VV AA	= Varios Autores