

## EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO

***M<sup>a</sup>. Elena Rebato Peño***  
*Becaria de Derecho Constitucional*  
*(Universidad de Castilla-La Mancha)*

### SUMARIO

- A.- *Consideraciones generales*
  - a) *Introducción*
  - b) *Derecho histórico y comparado*
- B.- *Titularidad del Derecho*
  - a) *Consideraciones generales*
  - b) *Extranjeros*
  - c) *Personas jurídicas*
  - d) *Requisitos para el ejercicio del derecho*
- C.- *Contenido y ámbito protegido*
  - Contenido esencial*
- D.- *Garantías*
  - a) *Garantías generales: Reserva de Ley*
  - b) *Garantías jurisdiccionales*
    - Protección genérica*
    - Amparo judicial - Amparo constitucional*
- E.- *Suspensión*
- F.- *Apéndices*
  - a) *Jurisprudencia*
  - b) *Legislación*
  - c) *Bibliografía*

*Artículo 23. 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*  
*2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.*

## **A. Consideraciones generales**

### **a) Introducción.**

La participación del ciudadano en la vida política va a concebirse como un principio básico de la organización de un Estado democrático de derecho, como es el Estado español. Así lo manifiesta el TC cuando afirma que el derecho a participar en los asuntos públicos como elector y elegible, tal y como se reconoce en el artículo 23, apartados 1º y 2º, de nuestra Constitución, aparece “en virtud del carácter democrático del Estado, como elemento básico de todo el sistema constitucional” (STC 26/90, caso *Elecciones de Pontevedra*), como “piedra angular del sistema democrático” (STC 27/90, caso *Elecciones de Ávila*, f.j.3º).

El artículo 23 de la Constitución Española en su apartado 2º va a reconocer el derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que establecen las leyes. Con este derecho, se convierte al ciudadano en sujeto de la vida política, elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho que “no presupone al hombre individual libre en el estado extraestatal de libertad sino al ciudadano que vive en el Estado, al *citoyen*” (Carl Schmit, 1982. Pág.174). Un derecho, que según la tradicional categoría de los derechos fundamentales establecida por Jellinek, pertenecería al *status activae civitatis*, es decir, un derecho que le corresponde al sujeto en cuanto a ciudadano que participa en el Estado en que reside, y no en cuanto a persona.

Sin embargo, en este derecho de acceso a funciones y cargos públicos hemos de diferenciar claramente dos vertientes. Una primera referida a los cargos públicos pertenecientes a una cámara representativa, y una segunda referida a los cargos públicos funcionariales, vertiente ésta cuyo análisis no va a tratarse en esta nota.

En lo que respecta a los cargos públicos representativos, hemos de entender como tales, no sólo a aquéllos que proceden directamente de la elección popular (STC 10/1983, caso *Elecciones Locales II*), sino también aquéllos cuya elección

es de segundo grado, pero pertenecen a un órgano con carácter representativo. Veámoslo.

**a.** Cargos públicos representativos que proceden directamente de la elección popular.

Únicamente podríamos considerar como tales a:

- Los parlamentarios del Congreso y Senado.
- Los diputados de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- Alcaldes en régimen de concejo abierto (Art. 179.2 LOREG).

**b.** Cargos públicos "representativos" en función de su pertenencia a un órgano de tal carácter.

- Los cargos electos de las entidades locales; concejales de ayuntamiento, presidentes de cabildos insulares y diputaciones provinciales.

Con respecto a los miembros de estas últimas, no son elegidos directamente por el cuerpo electoral como exige el Tribunal Constitucional para otorgarles el carácter de cargo representativo, sino que son designados por los concejales de los partidos políticos, coaliciones, federaciones y agrupaciones que hayan obtenido el puesto de diputado (art. 206.1 LOREG). Sin embargo, tal y como hará en el caso de los senadores autonómicos, nuestro alto Tribunal les otorga la representatividad en función de su pertenencia a un órgano que tiene tal carácter, la Diputación Provincial, "... se trata de una Corporación provincial cuya naturaleza representativa aparece definida por la propia Constitución" (art.141.2). (STC 163/1991, caso *Diputación Provincial de Cuenca*, f.j.3º.)

El mismo procedimiento sigue la elección del presidente del Cabildo Insular, y por ende, debíamos extraer la misma conclusión que en el caso del Presidente de las diputaciones provinciales y considerarlo como cargo público representativo.

Sin embargo, se excluye como cargo representativo "al alcalde del municipio" en función de su elección por los concejales y, por tanto, tener una representatividad de segundo grado, sin que en este caso (STC 5/1983, caso *Elecciones Locales I*), el Tribunal Constitucional considere la posibilidad de otorgarle la condición de cargo representativo por su pertenencia a un órgano de tal carácter. Pese a ello el alcalde no puede, de ningún modo, quedar desvinculado de la protección del artículo 23.2 CE, ya que además de desempeñar la función de alcalde ha sido elegido de forma "directa" por el municipio como con-

cejal. Por tanto, si se le impidiera el desempeño de su cargo, se está vulnerando el derecho al ejercicio de la labor de concejal, y por ende el contenido esencial del derecho del artículo 23.2 CE.

- Los senadores designados por las Comunidades Autónomas. Pese a que éstos son elegidos por las Asambleas Legislativas de las mismas, el Tribunal Constitucional, que en principio exigía que los cargos procedieran directamente de la elección popular, al igual que hizo en el caso de los diputados provinciales, les otorga el *status* de "cargo representativo" por pertenecer al Parlamento, órgano que reviste tal carácter.

Hasta aquí, hemos mencionado distintas características de la naturaleza del artículo 23.2 CE, pero aún no nos hemos referido a su carácter de derecho de configuración legal.

La Constitución, en su artículo 23.2, se remite directamente a la ley para la delimitación del contenido y perfiles concretos del derecho. Las leyes, y en su caso los reglamentos, serán los que definan qué ha de entenderse por cargo público y cuál es el "*status* del mismo".

La ley, como veremos, determinará en consecuencia las condiciones de acceso a los cargos públicos, fijando entre otras las condiciones de elegibilidad, ejercicio, permanencia y cese. Podrá incluso delimitar negativamente el derecho, pero sin afectar su contenido esencial, calificado por el propio Tribunal Constitucional como "límite genérico a la regulación legal ordinaria de los derechos fundamentales" (STC 24/90, caso *Elecciones de Murcia*, f.j.7<sup>o</sup>).

En conclusión, y pese a que la Constitución no define qué es el derecho de acceso a cargos y funciones públicas, sí le reconoce un contenido esencial que no es equivalente al derecho de acceso a cargos públicos de forma generalizada, sino que lo que la Constitución garantiza es el acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad y una vez cumplidos los requisitos y procedimientos establecidos por las leyes. "El derecho de acceso no es un derecho indiscriminado y su satisfacción requiere por tanto el cumplimiento de los requisitos determinados por las leyes" (STC 24/90, caso *Elecciones de Murcia*, f.j.3<sup>o</sup>).

#### **b) Derecho histórico y comparado.**

El artículo 23.2 de la Constitución española de 1978 no es en absoluto novedoso en la historia constitucional española. Ésta ha prestado siempre una gran

atención a la regulación del acceso a cargos y funciones públicas, si bien lo ha hecho con mayor o menor intensidad dependiendo del período histórico en que se encontrara.

La Constitución de 1812 ya señalaba la posibilidad de los ciudadanos españoles no sólo de ser electores sino también candidatos, con el único requisito de ser residente y contar con una determinada renta<sup>1</sup>. El Estatuto Real de 1834 contará también con un precepto similar.

Sin embargo, será la Constitución de 1837 la que dará un paso de gigante en el reconocimiento del derecho de sufragio pasivo, al unir el acceso a los empleos y cargos públicos con el principio de igualdad. Así, en su artículo 5, quizás intentando eliminar las humillantes pruebas de limpieza de sangre exigidas para el acceso a determinados cargos públicos, establecía que "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad". La coletilla "según mérito y capacidad" estará presente ya en el resto de las Constituciones que le siguen hasta la actual, en la que dicha expresión desaparece. Coincidimos con la opinión de Garrido Falla cuando apunta como motivo de desaparición de esta expresión en el actual precepto, el hecho de que nuestro artículo 23.2 está dedicado más a cargos públicos representativos, mientras que la función pública queda relegada a su regulación en el artículo 103 CE, donde sí se incluyen los mencionados términos (Garrido Falla, 1985, pág. 452).

La Constitución de 1845 sigue en la misma línea y también la de 1869, en la que la regulación de la admisibilidad a los cargos públicos en el artículo 27 va a ir revestido del acuerdo conseguido en materia religiosa y, por tanto, en su párrafo segundo se señalará que la obtención y desempeño de estos empleos son independientes de la religión que profesen los españoles. La Constitución de 1876 repetirá los preceptos de las Constituciones anteriores.

Pero será la Constitución de 1931 la que termine de plasmar la igualdad en el acceso en la función pública, proceso éste iniciado por la antes mencionada Constitución de 1837, introduciendo la novedad de la indiferencia por el sexo del sujeto que pretende acceder a la misma. Así, en su artículo 40 se señalaba que

1. "Solo los que sean ciudadanos españoles podrán obtener empleos municipales y elegir para ellos en los casos señalados por la ley" (Artículo 23). "Para ser Alcalde, regidor, procurador o síndico, además de ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, se requiere ser mayor de 25 años, con cinco, a lo menos, de vecindad o residencia en el pueblo. Las leyes determinarán las demás calidades que han de tener estos empleados" (Artículo 317, Constitución de 1812).

"todos los españoles, sin distinción de sexo son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo la incompatibilidad que las leyes señalen".

Este precepto va a ser el que inspire a nuestros constituyentes, que vieron cómo la Constitución de la II República respondía a las mismas líneas que ellos pretendían plasmar en la regulación del acceso a cargos y funciones públicas en el año 1978<sup>2</sup>.

En lo que respecta al Derecho comparado, únicamente mencionaremos la Constitución italiana de 1947, que proclama, en su artículo 97, párrafo 3º, que "a los puestos de la Administración pública se accede mediante concurso salvo las excepciones establecidas por la ley", y la alemana de 1949, que siguiendo las notas características de la regulación del acceso a la función pública: igualdad, mérito y capacidad, señalaba, en su artículo 32, párrafo 2º, que "Todos los alemanes tienen igualdad de acceso a cualquier cargo público según su aptitud, su capacidad y su labor profesional".

## ***B. Titularidad del derecho fundamental del artículo 23.2 CE***

### **a) Consideraciones generales.**

Nada dice la Constitución en su artículo 23, párrafo 2º, acerca de la titularidad del derecho que en él se reconoce, dado que ésta deriva directamente de otro precepto del texto constitucional, el artículo 13.2.

Dicho artículo, que establece que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por Tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales", es el fruto de la primera reforma que sufre nuestro texto constitucional<sup>3</sup> y permite el disfrute de un derecho político a personas físicas nacionales y no nacionales, suponiendo esto último una novedad sumamente importante en el entorno europeo.

2. No podemos obviar que la Constitución de 1931, adelantándose a lo que en un futuro haría nuestra Constitución, quiso excluir del acceso a cargos y funciones públicas a los extranjeros, aunque finalmente la propuesta que al respecto presentaba un diputado no se tuvo en cuenta.

3. Artículo modificado (para introducir las palabras "y pasivo") por la Reforma aprobada por las Cortes Generales y sancionada por el Rey el 27-VIII-1992.

Ya Carl Schmitt afirmaba que estos derechos, refiriéndose a los derechos de participación política, "naturalmente no son para extranjeros porque entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería la posibilidad de distinguir entre amigos y enemigos".

Analicemos más detenidamente la cuestión de la titularidad en los próximos apartados.

**b) Los extranjeros como titulares del derecho de acceso a funciones y cargos públicos.**

"La Constitución española es obra de españoles pero no sólo para españoles". (STC 99/85, caso *Bowitz*).

El artículo 13, apartado primero, de la CE determina que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la CE, pero en los "términos que establezcan los Tratados y la ley"; y a continuación, antes de ser reformado en 1992, matizaba que en el caso del artículo 23 sólomente serían titulares del mismo los españoles "salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o por ley para el derecho del sufragio activo". Por tanto y en esta primera redacción del apartado 2º del artículo 13, quedaría excluida la titularidad del derecho de acceso a funciones y cargos públicos para los extranjeros<sup>4</sup>. Cualquier norma que previera lo contrario sería totalmente inconstitucional.

Sin embargo, nuestro artículo 13.2 CE (sin precedentes en la historia constitucional española) suponía una apertura en lo que respecta a la atribución de derechos políticos a los extranjeros, ya que les concedía, al menos, la posibilidad del ejercicio del derecho de sufragio activo en las elecciones locales. Rompe así nuestra Norma Fundamental con la consideración de que los derechos políticos, en concreto el derecho de sufragio, estaban intrínsecamente vinculados a la ciudadanía.

La Teoría de la consustancialidad entre sufragio y nacionalidad tiene su origen en la Revolución Francesa. Se consideraba que el acceso a las urnas estaba reservado únicamente a los nacionales, que eran quienes realmente tenían interés en los asuntos del Estado.

4. Antes de la modificación del artículo 13, apartado segundo, la STC 112/91 había declarado que "no cabe pues, ni por Tratado ni por ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales".

En este contexto, pues, no podemos reprochar a nuestra Constitución falta de generosidad a la hora de tratar los derechos de los extranjeros en nuestro país, ya que la situación a nivel comparado no había evolucionado más. Así se reconoce en los votos particulares de los magistrados Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García Mon a la STC 115/87 (caso *Ley de Extranjería*), en la que se declaraba que nuestro país "se encontraba entre los que más lejos han llegado en la garantía constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros".

Sin embargo, a raíz de la modificación por el Tratado de Maastricht de algunos de los preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en concreto del artículo 8.B, apartado 1 (resultante del artículo 8.B.10, del Tratado de la Unión Europea), la previsión española se quedaba corta y el precepto comunitario va a entrar en contradicción con el artículo 13.2 de la Constitución Española.

En el marco comunitario se había ido caminando lentamente hacia el reconocimiento de ese *tertium genus* que supone la categoría de "Ciudadano Miembro de la Unión Europea", intentado superar las desigualdades existentes entre los ciudadanos residentes en los estados miembros de la Unión Europea. En este *iter*, en el que en el art. 8A del TCE se reconoce la libre circulación de personas y la noción de "espacio sin fronteras interiores", sería un contrasentido no reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones municipales de los estados miembros donde residan. Como dice Satrústegui, la aplicación estricta del requisito de la nacionalidad marginaría a un importante grupo social que, sin embargo, contribuye con su trabajo e impuestos al desarrollo de la comunidad donde reside.

Así, el artículo 8.B, apartado 1, establece lo siguiente:

"Todo ciudadano de la Unión que resida en un estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado...".

Nos encontrábamos, por tanto, con el problema de la ratificación de un Tratado con algunos preceptos que contravenían nuestra Norma Fundamental, en concreto el artículo 13.2. Ante esta situación únicamente cabía seguir la vía prevista por la propia Constitución en su artículo 95, párrafo 2º, que dispone que "el Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden recurrir al TC para que declare si existe o no contradicción entre un Tratado y la Constitución Española".



A tal efecto, el Tribunal Constitucional emite su Declaración de 1 de Julio de 1992 en la que no se limita únicamente al examen de la contradicción específica entre el artículo 8.B.1 del TUE y el 13.2 (en relación con el 23.2) CE, sino que como el propio Tribunal afirma: "su examen debe ceñirse, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados y la estipulación o estipulaciones del Tratado que hayan sido sometidas a control previo".

El resultado de tal examen es la imposibilidad de realizar una interpretación integradora del artículo 13.2 CE y el artículo 8B.1 del TUE. Por tanto, el Tratado mencionado no podría ser objeto de ratificación sin la previa reforma del artículo 13.2, que añadiría a éste el término "y pasivo", quedando el artículo como sigue: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales".

Tras esta modificación, ya no son los ciudadanos españoles los únicos titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, sino que también gozarán de los mismos los extranjeros en los términos que establezcan los tratados y las leyes. Sin embargo, el legislador podrá introducir para el ejercicio de estos derechos por los extranjeros unos requisitos distintos a los exigidos a los nacionales, siempre y cuando no se trate de requisitos discriminatorios, ni de condiciones que desnaturalicen el derecho fundamental en cuestión.

Ahora bien, esta Declaración, que supone una reforma constitucional, ha recibido numerosas críticas por su "innecesariedad" según algunos autores, pero sobre todo porque de ella se desprende que nuestra Norma Fundamental únicamente admite las dos categorías clásicas de titulares de derechos fundamentales: nacionales y extranjeros, sin admitir constitucionalmente ese *tertium genus* que supone el ser ciudadano de la Unión Europea.

Con la reforma de la Constitución, los ciudadanos de la Unión Europea residentes en España no son tales, sino extranjeros y votan en calidad de ello. Esta conclusión podría resultar contraria, en opinión de algunos autores, al fin último del TUE, porque si con la ciudadanía de la Unión lo que se pretende es la igualdad en el trato nacional entre los ciudadanos de los distintos Estados comunitarios, éstos podrían asimilarse a la categoría de ciudadanos nacionales, y más cuando como el propio TC reconoce en su Declaración, la Constitución no define quiénes son realmente españoles.

En conclusión, los titulares del derecho del artículo 23.2 CE son los españo-

les y los extranjeros lo son sólo en las elecciones municipales y en los términos que establezcan los tratados y la ley.

En lo que respecta a las elecciones a órganos de la Comunidad Europea, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General concede, en su artículo 210.1.a, respetando lo establecido en el artículo 8.B.2 del Tratado de la Comunidad Europea, el derecho de sufragio activo en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión Europea que sin ser nacionales españoles residan en España, siempre que reúnan los requisitos exigidos para ello a los electores españoles y tengan derecho de sufragio activo en su estado de origen.

### **c) Las personas jurídicas como titulares del acceso a funciones y cargos públicos.**

Aunque, como sabemos, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (artículos 20.3, 27 y 28), sin embargo el artículo 23.2 únicamente se refiere a ciudadanos españoles, pero en cualquier caso personas físicas, no jurídicas.

Así lo ha afirmado el TC desde el primer momento: "el derecho a participar se otorga a los ciudadanos en cuanto tales y por consiguiente a las personas individuales. No es un derecho que pueda reconocerse genéricamente a las personas jurídicas" (STC 51/84 f.j.4<sup>º</sup>, caso *Farmacéuticos de Valencia*).

Sin embargo, el problema surge con la STC 32/85 (caso *Ayuntamiento de La Guardia*), en concreto con la afirmación de que "tales derechos (refiriéndose a los derechos del art.23) los ostentan sólo las personas físicas o jurídicas". En nuestra opinión y pese a posiciones como la de Manuel Pulido Quecedo que mantiene que la titularidad de este derecho corresponde a los nacionales, bien personas físicas o jurídicas, la afirmación de esta sentencia no modifica la doctrina constitucional sobre el tema, la consideramos un "*lapsus* del Tribunal Constitucional" (Fossas Espalader, pág.93), ya que no se ha vuelto a hacer mención a esa "discutible titularidad" en ninguna de las sentencias posteriores en las que el Tribunal se ha podido pronunciar sobre el tema; careciendo por otra parte de sentido que acceda a un cargo representativo una persona jurídica. Creemos que sería lógico pensar que la sentencia mencionada, cuando habla de titularidad de personas jurídicas, en realidad se está refiriendo a legitimación de las personas jurídicas para defender el derecho.

Nosotros nos inclinamos por seguir la línea marcada por nuestro Alto Tribunal, que excluye de la titularidad del derecho de sufragio pasivo a los par-

tidos y sindicatos, si bien les concede legitimidad para reaccionar ante una eventual conculcación del derecho. Veámoslo.

### 1. Partidos políticos.

El TC, al hilo de la construcción jurisprudencial del concepto de representación política, ha ido excluyendo a los partidos políticos de la titularidad del derecho de sufragio pasivo. Así la STC 5/83 (caso *Elecciones Locales I*) estableció que "si bien los partidos políticos ejercen funciones de trascendental importancia en el estado actual (...) lo cierto es que el derecho a participar corresponde al ciudadano y no a los partidos" (f.j.3º).

Esta doctrina, sin embargo, fue matizada por el propio Tribunal en sentencias posteriores; por ejemplo en la STC 10/83, (caso *Elecciones Locales II*), en la que basándose en la importancia de los partidos políticos como cauce de participación política se les reconoce la facultad de presentar candidaturas y ejercer la defensa de las mismas, o en la STC 25/90, (caso *Elecciones de Melilla*), en la que se señala que "si no la titularidad del derecho, sí cabe reconocer a los propios partidos políticos un interés legítimo suficiente a que se respeten las adecuadas condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio, atendida su condición de instrumento fundamental para la participación política que le atribuye el artículo 6 CE".

En conclusión, se les reconoce, en palabras de Pulido Quecedo, un *ius ad officium*, un derecho reaccional para la defensa de los mismos.

### 2. Grupos parlamentarios.

Si el TC ha sido claro en la exclusión del ámbito de la titularidad del artículo 23.2 a los partidos políticos, no ha ocurrido lo mismo en lo que respecta a los grupos parlamentarios, pudiendo señalarse que el criterio actual del Tribunal es el de que los Grupos Parlamentarios ostentan la titularidad del derecho reconocido en el 23.2.

Así lo manifiesta la STC 108/86 (caso *Ley Orgánica del Poder Judicial II*), y lo ratifica la STC 36/90 (caso *Comisiones del Parlamento de Navarra*), cuando declaró que la titularidad del derecho fundamental comprendido en el artículo 23.2 lo ostentan "los propios ciudadanos (...) y, en su caso, incluso los grupos parlamentarios en que éstos se integran y que ellos mismos constituyen, en la medida en que resulten menoscabados sus derechos".

Esta solución jurisprudencial es admitida por los defensores de la personalidad jurídica de los grupos parlamentarios, entre ellos por Pérez-Serrano

Jáuregui. Por el contrario, otros autores, como Saiz Arnaiz, alegan que como él la mayor parte de los autores que han estudiado el tema han coincidido en afirmar la ausencia de personalidad jurídica en los Grupos Parlamentarios existentes en las Cámaras de las Cortes Generales y por ende los excluyen de la titularidad del derecho de sufragio pasivo.

Por último, en relación con la titularidad del derecho fundamental del acceso a funciones y cargos públicos, hemos de precisar que si bien dicha titularidad supone la legitimación activa para la protección del derecho, ésta no es el único presupuesto para reaccionar ante la conculcación del derecho, sino que existe otro más amplio que es el de "interés legítimo". Los partidos políticos y grupos parlamentarios gozan de ese interés legítimo, aunque no de titularidad.

#### **d) Requisitos para el acceso y ejercicio del cargo público.**

Ya hemos mencionado cómo el derecho de sufragio pasivo consagrado en el artículo 23.2 CE, es un derecho de configuración legal. La consecuencia inmediata de esta afirmación, es que la Constitución consagra no el derecho del ciudadano a acceder a los cargos públicos, en este caso representativos, sin más, sino que lo que se garantiza es el derecho del ciudadano a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Distinguiremos en este derecho entre los requisitos de acceso al cargo y los requisitos para el ejercicio del mismo. Por razones de unidad los trataremos conjuntamente en el mismo apartado, aunque somos conscientes de que éstos últimos no afectan a la titularidad del derecho; se cumplan o no, como veremos en las páginas siguientes, el sujeto ya ha accedido al cargo.

##### *1. Requisitos para el acceso al cargo.*

En el supuesto de acceso a cargos públicos representativos, estos requisitos legales vienen establecidos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG, en adelante), y así lo dice expresamente el artículo 70 CE cuando afirma que "la Ley Electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los diputados y senadores...".

Por tanto, los titulares del derecho del 23.2 a los que nos hemos referido anteriormente, para ejercitar el derecho a ser elegible, deberán ser mayores de edad y no estar incurso en ninguna de las causas de inelegibilidad establecidas bien en la Constitución, bien en la LOREG.

Nuestra Constitución, a la hora de determinar las causas de inelegibilidad, se remite a la ley electoral, que será la que en su artículo 6 determine el marco

general; no obstante, le impone unos criterios mínimos, a saber:

Así, no podrán ser elegibles por razón del cargo que ocupan, a tenor del art. 70 CE:

- Los componentes del Tribunal Constitucional.
- Los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, excepto los miembros del Gobierno.
- El Defensor del Pueblo.
- Los magistrados, jueces y fiscales en activo.
- Los militares profesionales y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
- Los miembros de las Juntas Electorales.

A estos supuestos constitucionalmente establecidos, debemos añadir los recogidos en el artículo 6 de la LOREG, que determina las personas inelegibles con carácter absoluto, bien por razón del cargo que ocupan, bien por causas penales.

Sin embargo, la enumeración exhaustiva de las causas de inelegibilidad que realiza el art. 6 LOREG, no tiene ni mucho menos el carácter de *numerus clausus*, ya que a los supuestos previstos en la LOREG, han de añadirse aquellos que se deriven de ciertas penas del Código Penal, y por tanto, como ha venido reiterando la jurisprudencia constitucional, el hecho de que en la LO se mencionen sólo algunas de las causas previstas de inelegibilidad con base en sanciones no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en aquel Código<sup>5</sup>.

Pero, a la enumeración del art. 6 LOREG no sólo han de añadirse las causas previstas penalmente, sino que este precepto también ha de completarse con los arts. 154 LOREG, para las elecciones a diputados y senadores; art. 177 LOREG para alcaldes y concejales; 201.7 LOREG para los consejeros insulares y canarios; 202 LOREG para los diputados provinciales y 210 LOREG para los diputados al Parlamento Europeo.

5. Así, la STC 158/91 (caso *Concejal del Ayuntamiento de Silos*), establecía que “a los supuestos de inelegibilidad regulados en el art. 6 LO 5/85, han de añadirse aquellos que deriven de determinadas penas previstas en el Código Penal; el que el art. 6.2 de la LO 5/85 mencione sólo algunas causas de inelegibilidad derivadas de sanciones penales no significa que hayan quedado derogadas las restantes previstas en el Código Penal y que integren el contenido de dichas penas”.

Por otra parte, al constituir las causas de inelegibilidad una restricción en el derecho de acceso a los cargos públicos han de interpretarse restrictivamente y no de manera extensiva.

Por último, en lo que respecta a las causas de inelegibilidad, nos queda decir que las mismas deberán ser declaradas por los órganos de la Administración Electoral, el mismo día de la presentación de su candidatura o en cualquier momento posterior hasta la celebración de las elecciones. Si éstas no son apreciadas por las propias Juntas Electorales o se trata de inelegibilidades sobrevenidas, podrán ser objeto del control judicial ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que veremos más adelante.

Concluiremos este epígrafe con lo manifestado por el TC en su Sentencia 45/83 (caso *Inelegibilidad de Senador por la circunscripción de Badajoz*), que en nuestra opinión define de manera clara el derecho de sufragio pasivo, partiendo de las causas de inelegibilidad teniendo, por tanto, en cuenta su carácter de derecho de configuración legal. "La elegibilidad es a tenor del artículo 70.1 CE un derecho ciudadano configurado por las leyes y delimitado negativamente por la ausencia de causas de inelegibilidad, que se inserta en el marco del artículo 23 CE de modo que, desde este parámetro, no podrá negarse a quien estando en pleno uso de sus derechos políticos no esté incurso en causas de inelegibilidad definidas por la Constitución y, por remisión en la ley electoral, interpretada dentro del marco constitucional".

## *2. Requisitos para el ejercicio del cargo.*

Una vez examinados los requisitos para el acceso al cargo público representativo en el apartado anterior, hemos de continuar nuestro estudio analizando la segunda cuestión; la perfección o ejercicio efectivo del cargo.

### *- a. Incompatibilidades y Presentación de credenciales.*

El cargo público representativo en el que no recaiga causa alguna de inelegibilidad, para el efectivo desempeño de su cargo tampoco debe estar incurso en ninguna de las causas de incompatibilidad, que vienen recogidas de forma detallada en los artículos 155 a 160 de la LOREG.

Pese a que muchas de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad coinciden, sin embargo ambas no tienen la misma naturaleza. Si las primeras tienen su campo en el proceso electoral, evitando por ejemplo, que el cargo que ocupa una determinada persona intimide al elector; las segundas tienen como finalidad que

el cargo público representativo desarrolle su función sin interferencia alguna. Como manifiesta el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 178/1989 (caso *Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas*), "...el fundamento de la incompatibilidad de los órganos constitucionales de relevancia constitucional pretende garantizar la separación de funciones (...) o incluso la imparcialidad del órgano en cuestión".

Así, las causas de incompatibilidad lo son principalmente por motivos "funcionariales" o retributivos. Por ejemplo, diputados y senadores deberán ejercer su cargo en régimen de dedicación absoluta, aunque para el desempeño de determinadas actividades públicas y privadas (art. 159.3 a) LOREG), podrán solicitar autorización a la Comisión de Incompatibilidades de la Cámara.

Pero además, para el pleno ejercicio del cargo los Reglamentos de las principales Cámaras representativas (art. 19, Reglamento del Congreso y art. 12, Reglamento del Senado) exigen a diputados y senadores la presentación de la correspondiente credencial expedida por la Administración Electoral, que acredite su condición de electo en el correspondiente proceso electoral.

- b. Prestación de promesa o juramento.

El requisito de prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, es la condición final para el perfeccionamiento pleno del cargo representativo. Dicho requisito no sólo se exige en el ámbito de los cargos representativos nacionales (art. 20.3. Reglamento del Congreso y 11-12 del Reglamento del Senado) sino también en el ámbito autonómico, en el que se requiere incluso el acatamiento del correspondiente Estatuto de Autonomía ( art. 7. Reglamento de las Cortes de Castilla-La Mancha) y en el local. La generalización del mismo ha provocado una multitud de problemas, que no podemos abordar aquí, como la posible vulneración que esta promesa o juramento supondría para el derecho fundamental a la libertad ideológica.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha afirmado la legitimidad constitucional de la exigencia de prestar formalmente acatamiento a la Constitución (SSTC 101/ 83, caso *Esnaola-Solabarría*, y 122/ 83, caso *Diputados del Parlamento Gallego*), para acceder a los cargos públicos representativos ya que: de un lado, el deber de acatamiento deriva del artículo 9.1 de la propia Constitución y su carácter de Norma Suprema y, por otro, no contravendría la libertad ideológica dado que este deber "no supone necesariamente una adhesión ideológica ni una conformidad a su total contenido" (STC 101/83, caso *Esnaola-Solabarría*).

Para concluir, debemos señalar que la no prestación del juramento o promesa de acatamiento a la Constitución no privará de su condición al cargo representativo, siempre en calidad de electo, pero no adquirirá la condición plena de parlamentario y por tanto no tendrá ni sus derechos ni sus prerrogativas.

### ***C.- Contenido y ámbito protegido del derecho de sufragio pasivo***

#### **Contenido esencial.**

El contenido esencial del derecho consiste tal y como manifiesta el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/90 (caso *Elecciones de Ávila*)<sup>6</sup>, en "asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes"<sup>7</sup>.

En esta ocasión, nuestro alto Tribunal, como vemos, ha definido el contenido esencial del derecho en función de uno sólo de los elementos que le caracterizan, cual es la democracia representativa, sin tener en cuenta otra de las notas que identifican al derecho –la igualdad–. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reiterado hasta la saciedad que si no estuviese presente esta última característica en el derecho de sufragio pasivo podría darse la circunstancia de que el acceso al cargo representativo se llevará a cabo mediante procedimientos discriminatorios, lo que supondría que asumieran el cargo candidatos que no hubiesen sido directamente preferidos por el cuerpo electoral, lo que llevaría a la desnaturalización del derecho y a un exceso en la actividad normativa del legislador.

Pero el derecho a ser elegible no agota su contenido en el acceso al cargo o función pública de que se trate sino "que implica también necesariamente el derecho a mantenerse en ellos y desempeñarlos, de acuerdo con lo previsto en la

6. Ya antes el TC, en Sentencia 71/89 f.j. 4º, había declarado que el derecho de sufragio pasivo "tiene como contenido esencial, asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes satisfaciendo, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos".

7. No debemos olvidar que el artículo 23.2 CE también protege el derecho de acceso a la función pública de los ciudadanos, en condiciones de igualdad y de acuerdo a los principios de mérito y capacidad.



ley que, como es evidente, no podrá regular el ejercicio de los cargos representativos en términos tales que vacíe de contenido la función que han de desempeñar" (STC 32/85, caso *Ayuntamiento de La Guardia*, f.j. 3º).

Por ende, formará parte del contenido esencial del derecho de sufragio pasivo: el derecho a ser elegible, incluyéndose aquí el derecho a la presentación de candidaturas y el derecho a ser proclamado electo; y el derecho a mantenerse en el cargo y a desempeñarlo, todo ello de conformidad con lo que establezcan las leyes y reglamentos. Así, el TC, en su sentencia 161/88, (caso *Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha*), dejó establecido que el *status* del cargo público representativo va a quedar configurado por las leyes y reglamentos que regulan dicho cargo. Los derechos y deberes que estas normas atribuyen quedan integrados en el contenido del derecho de sufragio pasivo, posibilitando a los cargos representativos el recurrir en amparo si alguno de esos derechos son afectados por algún acto del poder público. Aunque debemos tener en cuenta que no toda infracción de un derecho previsto en un reglamento determina un derecho reaccional amparado en el artículo 23.2 CE, sino sólo aquéllos que afectan al núcleo del cargo representativo.

#### **a) El derecho de acceso al cargo público.**

Una primera dimensión del derecho lo constituye el derecho a ser elegible, a presentarse como candidato a elecciones de instancias representativas territoriales de carácter público, en condiciones de igualdad y con los requisitos que establezcan las leyes.

Este derecho supone, por una parte, el derecho a la presentación de la candidatura así como el derecho de subsanación de los errores en tiempo y forma oportuna; y por otra el derecho de los partidos (y de los ciudadanos que figuran en las candidaturas) a concurrir a una convocatoria electoral con las señas de identidad que les caracterizan. Todo ello siguiendo el procedimiento legalmente previsto en la LOREG.

Así, en el primer supuesto (presentación de candidaturas y subsanación de errores), si no se sigue el procedimiento correcto en la presentación de la candidatura y la Junta Electoral no advierte de las irregularidades para que se subsanen en el plazo de 48 horas, además de infringirse el artículo 47.2 LOREG, se vulnera, o al menos, como dice el TC, se "incide o afecta negativamente en el derecho de sufragio pasivo al no dar efectividad a las garantías legalmente previstas dispuestas a la protección del derecho" (STC 73/86, caso *Coalición Convergencia Leonesa*)<sup>8</sup>. Lo mismo ocurre cuando constatándose la inelegibilidad del candidato, no se concede un plazo para la subsanación de las candida-

turas, dificultándose así el ejercicio del derecho.

Como vemos, la vulneración de la legalidad en un derecho de configuración legal como es el art. 23.2 CE, si afecta al ejercicio del mismo, debe considerarse percutible en el derecho, sin que quepan, eso sí, las interpretaciones rigoristas de la legalidad que menoscabasen la efectividad del derecho de sufragio pasivo.

Por otra parte, como manifestación del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, también se encuentra el derecho a la preservación de la identidad de la candidatura del partido ante el electorado, como ya hemos mencionado.

El artículo 46.4 LOREG establece que "la presentación de candidaturas debe realizarse con denominaciones, siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos".

Va a ser éste un aspecto del derecho que va a garantizar en cierto modo el pluralismo político pues como afirma la STC 85/86 (caso *Partido Comunista de Aragón*), "permite que una misma corriente ideológica tenga diversidad de expresiones partidarias que no lleven a la confusión al elector", que también ha de protegerse, pues tiene un derecho a la participación en asuntos públicos.

Nuestro alto Tribunal se ha pronunciado sobre este tema en numerosas ocasiones ( SSTC 60/1989, 105/1991, 107/1991), fijando unos parámetros constitucionales que nos indican cuándo hemos de entender lesionado el 23.2 CE porque unas siglas o logotipos induzcan a confusión al electorado.

Otro aspecto relevante del derecho de acceso a los cargos públicos lo constituye la efectiva proclamación de candidatos electos.

En este ámbito ha sido decisiva la contribución del TC en sus sentencias 24, 25 y 26 /1990 (caso *Elecciones de Murcia, Melilla y Pontevedra, respectivamente*), en las que se resuelven recursos contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia relativas al procedimiento contencioso-electoral derivado de las elecciones de 1989. Los recurrentes alegan la vulneración del artículo 23.2 CE, en su vertiente de derecho de permanencia en el cargo de los candidatos electos, ya que consideraban que los Tribunales Superiores de Justicia hicieron una interpretación aislada y literal de los artículos 113.2d y 113.3 LOREG<sup>9</sup> (en su antigua redacción)

8. Pero no todos los vicios de la presentación de una candidatura puede llegar a afectar al derecho funda-

que les llevó en los tres supuestos a anular las elecciones y ordenar su repetición en toda la circunscripción electoral por la existencia de unas irregularidades, sin entrar a considerar la relevancia mayor o menor de las mismas.

Los Tribunales Superiores de Justicia entendieron que decretada la nulidad de la elección, la nueva convocatoria habría de efectuarse en la "circunscripción correspondiente" y la nulidad debía extenderse a toda la elección celebrada, aunque el vicio invalidante estuviera constreñido a 2 mesas electorales de las 1058 con las que contaba la circunscripción (STC 24/90, caso *Elecciones de Murcia*), o consistiera en un mero error aritmético en el cómputo de los votos nulos o no emitidos válidamente (STC 26/90, caso *Elecciones de Pontevedra*). En ambos casos las irregularidades en las elecciones fueron mínimas. Si se anulan totalmente las mismas, los candidatos que han sido correctamente y legalmente elegidos se ven privados de su condición de candidato electo, de su derecho a ser proclamado electo, derecho derivado del artículo 23.2 CE.

Por ello, el TC hizo una interpretación sistemática y finalista de los dos preceptos legalmente mencionados anteriormente, integrándola en la voluntad de conservación de los actos válidamente celebrados. Así, nuestro alto Tribunal, tiene en cuenta cómo en un proceso como el electoral, el no computar votos válidamente emitidos daña tanto el derecho de sufragio activo como el pasivo al no permitir el acceso al cargo de candidatos que han sido válidamente elegidos de conformidad con las reglas que rigen el proceso electoral<sup>10</sup>.

En conclusión, una vez más vemos cómo una interpretación de la legalidad no conforme a la constitución en un derecho de configuración legal, como el 23.2 CE, puede dañar el propio ejercicio y efectividad del mismo.

#### **b) El derecho a la permanencia en el cargo.**

Una vez que se ha accedido al cargo, el artículo 23.2 CE garantiza también el

mental, debiendo distinguir entre vicios ocultos y no ocultos o más bien entre vicios perceptibles por las Juntas Electorales y no perceptibles. En este sentido la STC 175/91, de 16 de septiembre.

9. Tras las Sentencias 24, 25 y 26/90, determinados artículos de la LOREG fueron modificados por la LO 8/91 de 13 de marzo. Así, el artículo 113.3° establecía que "no procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección" y que "la invalidez de la votación en una o varias secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final".

10. "La anulación o no cómputo de votos válidamente emitidos en unas elecciones supone, sin duda, la negación del ejercicio y efectividad de ese derecho, no sólo a los votantes cuya voluntad queda suprimida e invalidada, sino también a los destinatarios o receptores de esos votos y, por ende, de la voluntad y preferencia de los electores. El mantenimiento, por tanto, de esa voluntad expresada en votos válidos debe constituir criterio preferente a la hora de interpretar y aplicar las normas electorales". STC 26/90 F.J. 6°.

derecho a no ser removido del mismo si no es por las causas y de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos. Y estas causas de remoción del cargo habrán de corresponder a la naturaleza de la relación representativa. Una naturaleza representativa que se ha construido jurisprudencialmente a raíz de las sentencias del TC 5 y 10 de 1983 (caso *Elecciones Locales I y II, respectivamente*), al hilo de la declaración de nulidad del art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales<sup>11</sup>. Un concepto de representación política, cuyas dos notas más importantes van a ser:

1.- La representación política es un instrumento para hacer efectivo el derecho de participación de los ciudadanos; así, cuando como en el caso de la STC 10/83 (caso *Elecciones Locales II*), el derecho de los representantes resulta dañado, al ser cesados por alguien distinto de quien les eligió, se lesiona indirectamente el derecho de los representantes a participar en los asuntos públicos (art. 23.1). Esta premisa deriva de la afirmación de la propia sentencia de la existencia de una "unidad de voluntad entre el representante y el representado".

2.- La articulación del mandato imperativo en el Estado de partidos. La CE prohíbe expresamente en el art. 67.2 el "mandato imperativo". Así, diputados y senadores no podrán recibir órdenes o instrucciones de sus representados ni de sus propios partidos y se evita que el representante actúe única y exclusivamente a favor de intereses sectoriales. La STC 10/83 (caso *Elecciones Locales II*), manifiesta que al reconocer el antiguo artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales a los partidos políticos, la posibilidad de privar a los representantes de su función por una decisión que no emana del propio pueblo se contravendría dicha prohibición. Ratifica así el Tribunal Constitucional la exclusión del mandato imperativo y se llega a la afirmación del reconocimiento jurídico de la libertad de todos los representantes y la titularidad personal del escaño. Por lo tanto, al recaer la titularidad del mandato en el representante y no en el partido, jurídicamente no se podrá exigir al parlamentario que abandona o es expulsado de un partido, que abandone su escaño. Cuestión distinta sería plantearnos si moralmente el diputado que obtuvo el escaño por estar situado en unas listas electorales, debe dejar su puesto cuando rompe con el partido que lo colocó en ellas. En esta línea se encuentra Torres del Moral (Torres del Moral, 1988, pág. 95).

11. "Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si algunos de los candidatos electos deja de pertenecer al partido que le presentó cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior" (Art. 11.7. Ley de Elecciones Locales).

En conclusión, el TC ha considerado en las STC 5 y 10/83 (caso *Elecciones Locales I y II*), que la remoción de los representantes no puede hacerse depender de la voluntad del partido a que pertenezcan; la relación representativa se establece entre electores y elegidos de forma que el cese en un partido o la expulsión del mismo no pueden dar lugar a la pérdida de condición de representante. La elección, reitera, se deposita en un candidato y no en un partido. Es por ello que al privar a los representantes de su derecho de sufragio pasivo se priva indirectamente a los representados del derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes.

**c) El derecho a desempeñar el cargo de conformidad con lo que la ley disponga.**

El derecho de participación política comprende también la posibilidad de ejercer las funciones inherentes al cargo electivo, que son determinadas por las leyes y reglamentos que regulan el cargo en cuestión<sup>12</sup>, sin que se vacíe o dificulte el contenido del mismo.

Sin embargo, esto no significa que la naturaleza del cargo representativo sea totalmente establecida por las leyes o reglamentos, sino que éstos la configurarán o concretarán. En definitiva, el 23.2 no es "una norma en blanco cuyo contenido quede rellenado *per relationem* (a una ley o reglamento), ni una norma que quede a la libre disponibilidad del legislador". (Pulido Quecedo. 1992, pág. 307).

Nuestro alto Tribunal, partiendo de la premisa de que la vida parlamentaria gira en torno a dos derechos, el derecho de palabra y el de propuesta (STC 149/90, caso *Senadores Comunitarios*), ha reconocido como derechos integrantes del *status* de cargo representativo y, por ende, protegibles por la vía del amparo *ex art. 23.2 CE*, las siguientes facultades:

- El derecho del cargo representativo a recibir información.

Así, la STC 161/88 reconoce como una facultad integrada en el *status* de cargo representativo, en este caso regional, el "derecho a recabar los datos, informes y documentos que obren en poder de la Administración Regional", derecho reconocido en el artículo 12 del Reglamento de los Parlamentarios de Castilla-La Mancha. Si se impide esta facultad por motivos no establecidos legal o reglamentariamente, se está lesionando el derecho del artículo 23.2

12. STC 161/88.

CE.

- El derecho a preguntar, interpelar o presentar mociones (*ius et procedatur de las mociones*, STC 205/90), como instrumento de control del Gobierno.

- El derecho a participar en las tareas y actividades parlamentarias, del que se desprende el derecho a tener una representación en los órganos que sirven de preparación del trabajo del Pleno como son las Comisiones. Así, la STC 214/90, concluye que forma parte del *status* de todo diputado el pertenecer al menos a una Comisión Permanente. Sin embargo, no es protegible *ex art.* 23.2 CE, la pertenencia del diputado a todas las comisiones permanentes como derecho que se incorpora por el Reglamento Parlamentario al *status* del Diputado.

- Derecho de propuesta, el *ius et procedatur* de los documentos parlamentarios y el derecho de enmienda.

#### ***D.- Garantías***

##### **a) Garantías generales: Reserva de ley.**

La Constitución Española dispone de un sistema de garantías de los derechos fundamentales en el que, al margen de las garantías jurisdiccionales, que posteriormente veremos, se incluyen también garantías de tipo normativo, como por ejemplo la reserva de ley.

Cuando la STC 47/90 (caso *Directores de Centros Docentes*), calificaba el derecho de acceso a cargos y funciones públicas como derecho fundamental de naturaleza no sustantiva, estaba refiriéndose claramente a la exigencia de reserva de ley. Exigencia esta última reflejada en el último inciso del art. 23.2 CE: "... con los requisitos que señalen las leyes".

Pero, ¿cuál es el alcance de la reserva legal del artículo 23.2 CE? ¿Nos estamos refiriendo a Ley Orgánica o a Ley Ordinaria? En cualquier caso, ¿todas las normas que señalen los requisitos para acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad deben tener rango legal? El Tribunal Constitucional, como veremos, no hace una interpretación tan rigurosa de la reserva de ley *ex art.* 23.2. Sin embargo, un sector doctrinal, entre ellos Prieto Sanchís, mantiene que la reserva legal es absoluta debiendo cubrir todos los aspectos relevantes del régimen jurídico, y que las normas infralegales únicamente pueden ser normas de

simple detalle que sean necesarias para la ejecución.

*a. Ley orgánica y Ley ordinaria.*

El derecho del que tratamos es uno de los derechos que se encuentra ubicado en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la CE; derecho fundamental pues, al que afecta la obligatoriedad de que su desarrollo se haga mediante ley orgánica (Art.81.1 CE). Sin embargo, la ley orgánica sólo será necesaria en aquellos casos en los que se desarrollen de modo directo los derechos fundamentales o se afecte su contenido esencial (STC 67/85, caso *Federación Fútbol-Sala*), pero no cuando se incida simplemente en ellos.

El problema radica en que nuestro alto Tribunal no ha podido, hasta el momento, elaborar con carácter general una definición de cuándo nos encontramos ante el desarrollo directo de un derecho fundamental, sino que irá concretando la exigencia o no de ley orgánica en el análisis de cada caso en concreto.

Por tanto, con respecto a la reserva de ley del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, ésta no requiere necesariamente ley orgánica en la regulación de todos los aspectos del derecho, sino solo en la regulación directa del mismo. En aquellos cargos de naturaleza representativa la exigencia de ley orgánica propondrá no sólo del carácter fundamental del derecho, sino que también le afectará el que su desarrollo deba hacerse a través de las leyes relativas al régimen electoral general, aspecto este último en el que también incide la reserva de ley orgánica *ex art. 81.1 CE*.

En conclusión, la postura mayoritaria de la doctrina es la de la exigencia de ley orgánica para la regulación del acceso a los cargos de naturaleza representativa, por lo previsto en el art. 81.1 CE y de ley ordinaria para los cargos de naturaleza no representativa.

Sin embargo, en nuestra opinión esta conclusión debería matizarse exigiéndose ley orgánica para la regulación directa del acceso a cargos de naturaleza representativa; y en el caso de los cargos funcionariales, no excluyendo en su totalidad la regulación mediante ley orgánica, puesto que esta segunda vertiente del 23.2 CE se configura también como derecho fundamental y por tanto su desarrollo, al menos en algunos de sus aspectos, también requerirá ley orgánica ya que así está previsto en el artículo 81.1 CE.

*b. Reglamentos y Resoluciones Parlamentarias.*

- Reglamentos Parlamentarios.

Los problemas más importantes en este ámbito surgen con las remisiones normativas, sobre todo en los supuestos de cargos representativos de naturaleza parlamentaria. Es este caso, la regulación de tales cargos se encuentra en las llamadas normas de autonormación de las Cámaras Legislativas; los Reglamentos Parlamentarios o el Estatuto de las Cortes Generales, si de acceso a la función parlamentaria se trata. ¿La remisión a los Reglamentos Parlamentarios en estos supuestos respeta la garantía constitucional de reserva de ley *ex art. 23.2 CE*?

Esta cuestión ha sido resuelta por el TC en su Sentencia 118/88 (caso *Roca*), de 20 de junio, entre otras, en las que mediante la “doctrina de la asimilación” los Reglamentos Parlamentarios quedan asimilados a las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, “el Reglamento parlamentario es una norma con valor de ley, aunque desprovista de la fuerza propia de la ley” (STC 119/90, caso *Idígoras-Aizpurua-Alcalde*, f.j.2º).

- Resoluciones Presidenciales de las Cámaras Legislativas.

Siguiendo también la “doctrina de la asimilación” el TC, asimiló a los Reglamentos Parlamentarios las Resoluciones Presidenciales con “valor normativo”, lo cual puede, como veremos a continuación, provocar verdaderos problemas interpretativos e incluso restricciones al *status* de cargo público representativo.

El TC, en su sentencia 118/1988 (caso *Roca*), consideró que las normas dictadas por la Presidencia del Congreso de los Diputados en uso de la facultad que le confiere su propio reglamento, se integra en éste y adquiere así el mismo valor que el resto de su contenido. Pero esta equiparación entre reglamentos y resoluciones presidenciales no es a todos los efectos ni desde todos los puntos de vista, ya que estas últimas adquieren el mismo valor del reglamento, pero no tienen fuerza de ley. Por ello, la equiparación mencionada sólo puede admitirse “cuando se la utilice para suplir omisiones del Reglamento o para interpretarlo, no para desarrollarlo o especificar sus prescripciones” (STC 119/90, caso *Idígoras-Aizpurúa-Alcalde*, f.j.5º).

El problema es, como afirma Díaz Revorio, “distinguir nítidamente entre lo que es interpretación y lo que es especificación, lo que es colmar lagunas y lo que es desarrollarlas” (Díaz Revorio, 1993, pág. 137).

Por tanto, si lo que se asimiló fueron Reglamentos parlamentarios y Resoluciones presidenciales con valor normativo, todas aquellas resoluciones que no tuvieren tal carácter no pueden producir restricciones en el acceso a cargos y funciones públicas, aunque en algunos casos lo hagan.



Así ocurre en el caso del requisito de promesa o juramento de acatamiento a la Constitución para acceder al cargo de diputado (STC 119/90, caso *Idígoras-Azizpurúa-Alcalde*). En este caso la resolución de la Presidencia no suponía "colmar lagunas" o "interpretar" el Reglamento parlamentario, sino desarrollarlo y, por tanto, dicha resolución no puede equipararse al Reglamento.

La resolución de la Presidencia concretó la forma en la que había de prestarse el juramento o promesa de acatamiento a la Constitución previsto en los artículos 4 y 20 del Reglamento estableciendo que para adquirir la condición de diputados los electos debían contestar a la pregunta: "¿Juráis o prometéis acatar la Constitución?" con la expresión "Sí, juramos". Los diputados de Herri Batasuna adicionaron a la fórmula "por imperativo legal" y, por ende, no adquirieron la condición plena de diputado.

El TC sostuvo que, en este caso, la resolución presidencial no era apta desde la perspectiva de la reserva de ley para introducir requisitos no contemplados expresamente en el Reglamento.

En definitiva, la presente resolución presidencial no se utilizó para generar normas con rango o fuerza de ley, sino para concretar un precepto reglamentario, y por tanto infringió la reserva de ley que protege constitucionalmente el derecho fundamental del art. 23.2 CE.

### *c. Ley y Reglamentos ejecutivos.*

En cuanto a los Reglamentos del Gobierno, el TC, en sentencia 99/87 (caso *Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública*)<sup>13</sup>, de 11 de junio, manifestó "que las disposiciones del gobierno pueden, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar (...) la ordenación legal de la materia reservada". Por tanto, y en principio, nada parece oponerse a que exista una remisión de la ley orgánica al reglamento, ya que el TC así lo ha afirmado en la mencionada sentencia, que si bien es cierto que se refiere a la función pública, nada impide que su doctrina se traslade a los cargos electivos de repre-

13. Ya antes el TC había admitido la posibilidad de que la Ley orgánica llame a la colaboración del Reglamento. Así, la STC 77/85 de 27 de junio manifestaba "que las peculiaridades de la ley orgánica –en especial la delimitación positiva de su ámbito de normación– en modo alguno justifican el que respecto de este tipo de fuente se hayan de considerar alteradas las relaciones entre Ley y Reglamento ejecutivo, relaciones que pueden darse en todos aquellos casos en que la Constitución española reserva a la ley –a la ley orgánica también– la regulación de una determinada materia".

sentación política.

Pero que el Reglamento pueda entrar en la regulación del acceso a cargos y funciones públicas no le faculta para introducir requisitos que puedan excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluye, o afectar al contenido esencial del derecho, límite este último infranqueable incluso para la propia ley orgánica.

*d. Reserva de ley, decretos legislativos y decretos leyes.*

Únicamente podemos decir al respecto de este epígrafe que, en principio parece excluirse *ex art.82.1 CE* que la regulación del acceso a cargos representativos se desarrolle por decreto legislativo o pueda verse afectada por decretos leyes.

**b) Garantías jurisdiccionales.**

*Protección genérica.*

Pese a que la Ley 62/78 no prevé expresamente la protección del derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas, sin embargo, por mandato de la Disposición Transitoria 2<sup>a</sup>.2 LOTC, le son aplicables las garantías jurisdiccionales que la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales prevé en su sección segunda –la garantía jurisdiccional contencioso administrativa– como paso previo a la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Este derecho tendría la peculiaridad del acceso directo al recurso de amparo, vía artículo 42 LOREG, como veremos en las páginas siguientes.

*Protección específica.*

1. Recursos contencioso-electorales.

Como garantía específica del derecho tenemos el recurso contencioso electoral, regulado en la LOREG.

El recurso contencioso electoral es un proceso contencioso administrativo especial, ya que, por un lado, se impugnan actos administrativos que emanan de los órganos de la Administración Electoral, las Juntas Electorales, cuyos actos son actos administrativos; pero por otro no sigue el régimen jurídico del procedimiento administrativo ordinario, siendo el contencioso electoral un procedimiento caracterizado por la urgencia, preferencia, sumariedad e instancia única.

Pero, antes de adentrarnos en el examen de los distintos tipos de recursos contencioso electorales, es necesario hacer mención a unos principios generales

que van a regir en el conocimiento de dichos recursos por parte de las salas de lo contencioso administrativo y que son puestos de manifiesto por Santolaya Machetti tras un estudio de la jurisprudencia electoral. Estos van a ser (Santolaya Machetti, 1995, pág. 153):

- El principio de plena jurisdicción. "Cuando el órgano jurisdiccional revisa una determinada irregularidad electoral actúa con plena jurisdicción y no se encuentra tan estrechamente limitado en su actuación como las Juntas Electorales" ( STC 26/90, caso *Elecciones de Pontevedra*).

- El principio de sujeción, matizado al principio dispositivo, ya que las salas que conocen los recursos contencioso electorales, tienen la posibilidad de ampliar el objeto de la demanda, gozando de libertad frente al *petitum*.

- La urgencia en la sustanciación y el fallo y el carácter improrrogable de los plazos, referidos siempre a días naturales.

- El principio de corrección de los errores materiales que se hayan podido producir en el escrutinio.

- Es necesario, como veremos, que las sentencias contengan un juicio de demanda sobre las irregularidades o vicios detectados.

– Tipos de recursos contencioso electorales:

1. Recurso contra la proclamación de candidatos, regulado en el artículo 49 LOREG.

2. Recurso contra la proclamación de candidatos electos y respecto de la validez de la elección de los presidentes de las corporaciones locales.

1. Tras la proclamación de candidatos y candidaturas, el artículo 49 de la LOREG establece un recurso judicial cuyo objeto va a ser, según lo establecido en la STC 68/87, "los defectos o irregularidades que presenten dichas candidaturas y no puede aceptarse que su ámbito se extienda a cualquier irregularidad ajena a la composición y presentación en tiempo y forma legales de las mismas".

Los sujetos legitimados para la interposición del recurso podrán ser los candidatos excluidos, los representantes de las candidaturas y los representantes de las candidaturas cuya proclamación haya sido denegada. Se interpondrá una vez producida la proclamación de candidaturas y candidatos y en el plazo de dos días

desde la publicación de los mismos. El órgano correspondiente para conocer del recurso serán las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia<sup>14</sup>. Estos órganos deberán dictar sentencia en el plazo de dos días; resolución que deviene firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, que estudiaremos en el epígrafe siguiente.

2. A tenor de lo establecido en el artículo 109 de la LOREG, pueden ser objeto de recurso contencioso-electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales.

Como vemos, este recurso abarca dos supuestos totalmente diferentes, ya que en el primer supuesto (proclamación de electos realizadas por las Juntas Electorales) se trata de un acto realizado por los órganos de la Administración Electoral; sin embargo, en el caso de la proclamación del Presidente de las Corporaciones Locales, nos encontramos ante un acto que no procede de la Administración Electoral sino del Pleno de sus Corporaciones. En cualquier caso, los requisitos para ambos supuestos son idénticos y así, deberán interponerse ambos en el plazo de tres días, sin que transcurridos los mismos quepa ninguna otra acción. Pese a ello, cabe la posibilidad de, transcurrido este plazo, interponer recurso contencioso electoral cuando se produzca un hecho nuevo que no hubiese sido tenido en cuenta por la Junta Electoral, iniciándose el cómputo, a partir de ese momento (SAT, 17 de marzo de 1986).

Debido a la gran precisión con la que se regula este recurso por parte de la LOREG, y que por razones de espacio no podemos ir analizando punto por punto en esta nota, analizaremos únicamente los principales aspectos y fases del proceso.

- *Legitimación*. Se trata de una legitimación amplia, ya que la ley permite la interposición del recurso a todos los candidatos proclamados o no *electos* (término este al que no hace alusión la ley y que es sumamente importante para distinguirlo del recurso del art. 49 LOREG), a los representantes de las candidaturas, grupos políticos (partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones) que han presentado candidaturas<sup>15</sup> y al Ministerio Fiscal.

14. De acuerdo con el RD 20/1977, hoy derogado, cabía interponer este recurso ante la Junta Electoral Provincial, en el plazo de dos días desde la proclamación de las candidaturas.

- *Órgano ante el que ha de interponerse el recurso.* El art. 112.2 establece que deberá hacerse ante la Junta Electoral Correspondiente. La Junta Electoral correspondiente será en el caso de la proclamación de electos la encargada del escrutinio general<sup>16</sup>, y en el supuesto de la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales corresponderá a la Junta de Zona.

- *Órgano que conoce del recurso.* En el caso de elecciones al Congreso, al Senado y al Parlamento Europeo, la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; en el caso de elecciones locales o autonómicas corresponderá a la sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC AA correspondientes.

- La sentencia.

Una de las peculiaridades del recurso y en concreto de la Sentencia que pone fin al mismo, es que en ella el Tribunal tiene libertad al fallar frente al *petitum* de la demanda.

El contenido de la sentencia que pone fin al proceso podrá ser, según lo establecido en el art. 113.2 LOREG: Declarar inadmisibile el recurso; declarar la validez de la elección y la proclamación de los electos; declarar nulo el acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación de aquéllos a quien corresponda o bien declarar la nulidad de la elección celebrada y la necesidad de efectuar una nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente.

Una vez firme la Sentencia se agota la vía jurisdiccional ordinaria, no siendo posible recurso contencioso alguno, salvo el de aclaración y el posterior recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

## 2. Amparo constitucional.

El art. 23.2 CE presenta una singular y a la vez compleja problemática a la hora de analizar el proceso de amparo ante el TC. Goza, como el resto de los derechos fundamentales, de la protección constitucional que se otorga a partir de

15. Como vemos, se concede legitimidad para la interposición del recurso tanto a los candidatos como a los representantes de las candidaturas, ya que pueden surgir intereses contrapuestos entre grupos políticos y candidatos.

16. En el primer caso la Junta competente es la provincial para las elecciones generales (art. 169 LOREG); la de zona para las locales ( art. 187 LOREG) y la Central para el Parlamento Europeo (art. 224 LOREG).

los arts. 53.2 CE y 41 LOTC; sin perjuicio de dos supuestos especiales que se prevén en los artículos 49. apdos. 3 y 4 y 114 de la LOREG, que hacen referencia a los llamados Recursos de Amparo Electorales. Fuera de estos dos supuestos, que comentaremos a continuación, volvemos de lleno al ámbito del amparo ordinario.

- *a. Recurso de amparo electoral.*

Por recursos de amparo electoral, debemos entender los recursos de amparo contemplados en la LOREG. Estos constituyen una especialidad del recurso de amparo en cuanto están sometidos, como veremos, a unos plazos más breves y a una tramitación diferente a la del recurso de amparo ordinario.

Así, en materia electoral, el TC, es competente para conocer los recursos que se plantean:

1. Contra las resoluciones de excluidos del censo electoral. (Art. 38.4 LOREG)
2. Contra las resoluciones de proclamación de candidatos y candidaturas. (Art. 49.3 LOREG).
3. Contra las resoluciones de proclamación de candidatos electos (Art. 114 LOREG).

- Rasgos Comunes de los Recursos de Amparo en materia electoral.

El recurso de amparo electoral tiene el mismo carácter que el recurso de amparo constitucional ordinario, ya que se trata de un recurso de naturaleza subsidiaria, en el que ha debido agotarse la vía judicial previa: "...conviene recordar que cuando en los recursos de amparo electorales se impugna la proclamación de una determinada candidatura es el correspondiente acuerdo de la Junta Electoral el objeto del recurso, la sentencia dictada en el recurso contencioso-electoral viene a satisfacer la necesidad de agotar la vía judicial previa y solamente es impugnable en la medida en que confirme el acuerdo de la Junta Electoral presuntamente lesivo de derechos" (STC 112/91, caso *Los Verdes*).

Pese a ello tiene, como veremos, especialidades procesales frente al recurso de amparo ordinario, entre las cuales se encuentra la brevedad de los plazos de sustanciación de estos recursos.

Esta flexibilidad "procesal" también ha alcanzado al propio Tribunal Constitucional, que en el conocimiento de los amparos electorales, por ejemplo, no exige la subsanación de los requisitos formales<sup>17</sup>. Lo mismo ocurre con res-

pecto a la invocación previa del derecho fundamental vulnerado con motivo de su carácter objetivo. En este último supuesto el TC entiende, que el carácter subsidiario del recurso de amparo se entiende respetado "aún cuando sin cita explícita del derecho fundamental, el procedimiento jurisdiccional ordinario haya discurrido por una vía inequívocamente dispuesta por la ley, en garantía de los derechos para los que después se busca el amparo" (STC 59/87, caso *Asociación de Electores de Torrejón del Rey*). Lo que permite, según González Hernández, "entender que la utilización de las vías previstas para proceder al amparo electoral supone de por sí la invocación", González Hernández, pág. 138. 1996.

Analizaremos a continuación los recursos de amparo electorales antes mencionados si bien, con respecto al primer supuesto, no haremos aquí referencia al mismo, por considerar que afecta más bien al ámbito del derecho de sufragio activo y no al del sufragio pasivo, objeto de este capítulo.

- Amparo Electoral contra las resoluciones de proclamación de candidatos y candidaturas. (Art. 49.3 LOREG).

Se trata de un recurso de amparo que se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de los procesos electorales que tienen por objeto dotar de representantes a los órganos constitucionales del Estado<sup>18</sup>. En el caso previsto en el art. 49 LOREG, el TC intervendrá en los recursos interpuestos contra las resoluciones judiciales de los juzgados contencioso-administrativos recaídas en los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos por las Juntas Electorales.

- Requisitos procesales para la interposición de este recurso de amparo electoral.

Únicamente se encuentran legitimados para interponer este recurso los candidatos excluidos y los representantes de las candidaturas proclamadas y las denegadas, no pudiendo hacerlo ni los candidatos electos (STC 74/86), ni las personas no mencionadas expresamente en el artículo 49.1 LOREG.

17. Se han admitido así demandas en las que no se aportaba copia del acuerdo de la Junta Electoral recurrido (STC 81/87), razonando que "la premura de los plazos del recurso de amparo electoral y la circunstancia de que a través de la Sentencia de la Audiencia Territorial pueda alcanzarse en este caso un conocimiento suficiente de los hechos, nos permite con mayor flexibilidad que en un recurso de amparo ordinario, entrar en el fondo del recurso sin requerir la subsanación del mencionado defecto formal".

18. Quedan excluidos, por tanto, de este singular recurso de amparo aquellos procesos electorales ubicados en el seno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación e incluso las elecciones para designar representantes en la empresa.

En cuanto a la necesidad de agotar la vía previa, han de agotarse la vía administrativa ante las Juntas Electorales y la vía contencioso-administrativa (electoral), para poder interponer el amparo electoral.

Pero, la principal especialidad de este recurso radica, sin duda, en la brevedad de sus plazos. Debe interponerse en el plazo de dos días y resolverse en tres<sup>19</sup>, frente a los veinte días para interponer el recurso ordinario (arts. 43 y 44 LOTC), tres meses si se interpone por la vía del artículo 42 LOTC o el de diez días para resolver que dispone la LOTC una vez concluido el procedimiento.

- Amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos (Art. 114 LOREG).

El antiguo art. 114.2 establecía que contra las Sentencias que resolviesen los contencioso electorales no procedería recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración. Sin embargo, la LO 8/91 añadió: "y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional".

Así, el TC va a entender de recursos contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelven recursos contencioso-electorales sobre proclamación de candidatos electos realizados por las Juntas Electorales.

19. Así, ha sido establecido por el propio TC en el Acuerdo del Pleno, de 23 de mayo de 1986 que establece:"Art.1.- El recurso de amparo frente a los acuerdos de proclamación de candidaturas previsto en el art. 49, apartados 3 y 4 de la LO 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se interpondrá con los requisitos indicados en el art. 49 de la LOT. (...) El plazo para su interposición será de dos días a partir de la notificación de la resolución judicial recaída en el recurso contencioso-administrativo frente al acto de proclamación de candidato. Art. 2.- El recurso de amparo se entenderá admitido a trámite cuando el derecho cuyo amparo se pretende sea el alegado como fundamento del recurso contencioso administrativo previo a que se refiere el art. 49.1 y 2 de la LO 5/85. Art. 3.- Presentado el recurso ante el órgano judicial radicado en la Sede de la Audiencia Territorial que haya entendido el recurso contencioso-administrativo previo, aquél procederá a remitir inmediatamente al TC la demanda y documentos que la acompañan, así como una copia de los mismos. (...) Art. 4.- La Audiencia remitirá las actuaciones en el día en que reciba la comunicación a que se refiere el artículo anterior, y dará simultáneamente traslado de la demanda a las partes en el procedimiento previo, con excepción de la demandante en amparo, para que en el plazo de dos días puedan personarse, mediante procurador habilitado, ante el TC, y formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho. Art. 5.- El día de recibimiento por parte del TC de la demanda se dará vista de la misma al Ministerio Fiscal, para que en el plazo de un día pueda efectuar las alegaciones procedentes. Art. 6.- Deducidas las alegaciones a que se refiere el artículo anterior, o transcurrido el plazo previsto en el mismo, la Sala del TC, dictará Sentencia, sin más trámite, en el plazo de tres días".



Es un recurso rápido, aunque atenuando la fugacidad de los plazos, ya que el amparo electoral de candidatos electos se formaliza en el plazo de tres días y se resuelve en quince<sup>20</sup>.

En lo que respecta a la legitimación para la interposición del recurso, se ha admitido la de los partidos políticos, ya que la STC 180/88 establece que no cabe negar legitimidad para el amparo "a las personas jurídicas cuyos intereses, por lo demás, están imbricados con los de las personas que la integran, pudiendo ser, consecuentemente, sujetos pasivos de eventuales lesiones".

En cuanto a la invocación del derecho fundamental alegado, como ya hemos mencionado, el Tribunal ha realizado una interpretación antiformalista y finalista de este derecho procesal, de forma que no será necesaria la alegación expresa de la vulneración del derecho, si el debate procesal se plantea en términos que permiten al órgano judicial reconocer que se está planteando la cuestión en términos constitucionales y pronunciarse sobre ella (STC 71/89, caso *Concejales Ayuntamiento de Burgos*).

El mayor problema que plantea este recurso es el de los límites del TC en el control del proceso electoral. En una primera jurisprudencia nuestro alto Tribunal afirmaba que su labor debía limitarse únicamente al examen de los vicios procedimentales que afectaran al resultado electoral y, a través del mismo, al derecho del 23.2 CE, así entre otras STC 79/89 (caso *PDP c. Junta Electoral de Ponferrada*). Sin embargo, posteriormente el TC va legitimando en sucesivas sentencias la ampliación de los límites de su función hasta llegar a admitir el control por su parte de la constitucionalidad del procedimiento electoral cuando en la aplicación judicial de las normas electorales se haya lesionado el derecho del art. 23.2<sup>21</sup>. Así ocurre, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 24, 25 y 26/90 (caso *Elecciones de Murcia, Melilla y Pontevedra*

20. Por Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 24 de abril de 1991, se aprobaron una serie de normas para la tramitación del recurso de amparo previsto en el art. 114.2 LOREG, de las que sólo mencionaremos, el art. 2 que establece: "Los plazos establecidos en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional citado en el número anterior tendrán, a estos solos efectos, la duración siguiente: a) De tres días, los plazos establecidos para la interposición del recurso de amparo y para la personación y alegaciones de quienes hayan sido parte en el procedimiento previo. b) De cinco días, el plazo establecido para la formulación de alegaciones por el Ministerio Fiscal (art.5 del Acuerdo). c) De diez días, el plazo establecido para dictar sentencia".

*respectivamente*), en las que el Tribunal, lo que hace es revisar la interpretación que se ha hecho del artículo 113.2 y 113.3 LOREG, para ver si ésta se ha realizado conforme a la Constitución. Sin embargo, esto no significa que el Tribunal Constitucional pueda siempre que quiera revisar la interpretación de la legalidad por parte de los Tribunales ordinarios<sup>22</sup>. Por ello el Tribunal Constitucional ha establecido como parámetros constitucionalmente correctos para la interpretación de la legalidad dos notas:

a. Que la interpretación se haga siempre de la manera más favorable a la eficacia del derecho constitucional.

b. Que se tenga en cuenta el principio de conservación de los actos válidamente celebrados.

En los casos de las sentencias citadas, el TC revisó la interpretación literal y aislada que hicieron los Tribunales Superiores de Justicia de los artículos 113.2 y 113.3 LOREG, y a continuación, en base a los dos criterios anteriormente mencionados, hizo una lectura distinta del precepto, integrándolo en la voluntad conservadora de los actos jurídicos, que no habrían variado con o sin infracción electoral.

En realidad problemas semejantes se han planteado con todos los derechos que, como el que aquí se ha tratado, son de configuración legal: conocer qué actuaciones o interpretaciones del derecho afectan a su contenido esencial y cuáles no.

Nosotros (pese a las críticas de Pérez Royo o Santolaya Machetti a esta nueva doctrina del Tribunal Constitucional), consideramos que esta actuación del Tribunal Constitucional no sólo es legítima, sino necesaria ya que en ella el Tribunal no ha interpretado el sistema electoral, sino que ha incluido en el mismo otros muchos aspectos.

21. "El Tribunal Constitucional puede revisar si a ello es instado en vía de amparo si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum constitutionem* y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho aquí comprometido (art.23.2 CE)" STC 24/90, f.j.2º.

22. "La discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es en modo alguno fundamento para la concesión del amparo constitucional, cuando se realiza en forma motivada en términos de Derecho: sólo si esa interpretación supone la lesión de un derecho fundamental podrá ser revisada en esta sede, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial" (STC 26/90 f.j. 5º).

- b. *El amparo ordinario previsto en el art. 42 LOTC.*

Algunos autores han considerado el art. 42 LOTC como la "vía natural de protección del cargo representativo de naturaleza parlamentaria" (Pulido Quecedo, 1992, pág. 464).

Dicho artículo permite recurrir en amparo las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y sus órganos, que violen derechos y libertades susceptibles de ser protegidas por vía del amparo constitucional. Por tanto, y a raíz del precepto en cuestión, en primer lugar ha de señalarse que quedarán excluidos de su conocimiento todo acto o norma con valor de ley; leyes orgánicas, leyes ordinarias, decretos-leyes y decretos legislativos. A estas categorías hemos de añadirle también todas aquellas normas sobre las que el TC ha declarado que tienen valor de ley, a saber: Reglamentos parlamentarios (STC 74/91, de 8 de abril), Estatuto de Personal de las Cortes Generales (STC 139/88) o normas del mismo tenor dictadas previa audiencia de la Junta de Portavoces (ATC 183/84).

La mayor especialidad de este recurso de amparo *ex art. 42 LOTC* radica en su naturaleza *per saltum*. Es un recurso que enfrenta directamente al Parlamento y al Tribunal Constitucional, sin necesidad de agotar vía judicial previa alguna, en definitiva un recurso *face a la Cour* como afirma Pescatore, en el que además no es necesaria la invocación del derecho fundamental presuntamente vulnerado, salvo aquellos casos en los que el acto no legislativo tiene naturaleza administrativa y su firmeza (requisito *sine qua non* para llegar al TC) exigirá el agotamiento de la vía previa ante el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia. Por tanto, y en conclusión, los actos no legislativos de naturaleza parlamentaria pueden ser recurridos directamente ante el TC porque devienen firmes tras su publicación o notificación (salvo que el Reglamento Parlamentario establezca otra cosa); mientras que los actos no legislativos de naturaleza administrativa, para adquirir firmeza e invocarse ante nuestro alto Tribunal, requiere el agotamiento de la vía judicial previa, que será la contencioso administrativa.

En cuanto a especialidades procesales, resaltar únicamente el plazo amplio de tres meses para recurrir ante el TC.

Por último, clasificaremos las distintas clases de amparo vía artículo 42 LOTC.

1.- Recursos que tienen por objeto actos o resoluciones que afectan al acce-

so a la condición de diputado, senador o parlamentario. Entre otras la STC101/83 (caso, *Juramento Esnaola-Solabarría*).

2.- Recursos que tienen que ver con la permanencia y defensa del *status* parlamentario. Entre otras la STC 161/88, caso *Diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha* a los que se les deniega una solicitud de información; STC 23/90 (caso *Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*), denegación del derecho de enmienda a miembros del CDS: "Es pues el acuerdo o acto de la Mesa negando la admisión a trámite de la enmienda contra el que se dirige el recurso de amparo encuadrable por tanto en la vía impugnatoria del artículo 42 LOTC, es decir, frente a "decisiones o actos sin valor de ley" emanadas de los órganos parlamentarios que "violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional". En el mismo sentido la STC 24/90 (caso *Elecciones de Murcia*).

3.- Recursos que afecten a la pérdida o suspensión de tal condición. Entre otras, SSTC 28/84 (caso *cese de Parlamentarios de Navarra*) y 136/89 (caso *Hormaechea*).

### ***E.- Suspensión***

La suspensión del derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas no se encuentra previsto en el artículo 55 de nuestra Norma Fundamental. Ni por ley orgánica, por tanto, ni en el caso de declaración del Estado de excepción o de sitio puede suspenderse el derecho fundamental contemplado en el artículo 23.2 de nuestra Constitución.

De este modo, la Constitución salvaguarda el mantenimiento de uno de los pilares básicos del Estado democrático de derecho, cual es el principio de participación política.

### ***F.- Apéndice***

#### **a) Jurisprudencia.**

- Sobre la definición de cargo público representativo.

STC 10/83, caso *Elecciones Locales II*.

Sobre el contenido esencial del derecho.

STC 32/85, caso *Ayuntamiento de La Guardia*.

STC 71/89, caso *Concejales del Ayuntamiento de Burgos*.

STC 27/90, caso *Elecciones de Ávila*.

- Sobre los derechos inherentes al cargo público representativo.

\* Sobre la permanencia en el cargo.

STC 5/83, caso *Elecciones Locales I*.

STC 10/83, caso *Elecciones Locales II*.

STC 149/90, caso *Senadores Comunitarios*.

\* Sobre el derecho de información, enmienda e interpelación de los parlamentarios.

STC 161/88, caso *Diputados Cortes Castilla-La Mancha*.

STC 23/90, caso *Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia*.

STC 225/92, caso *Cánovas Cuenca contra Acuerdo Parlamentario de las Cortes de Murcia*.

\* Sobre la integración en Comisiones Parlamentarias.

STC 36/90, caso *Comisiones del Parlamento de Navarra*.

STC 32/85, caso *Ayuntamiento de La Guardia*.

- Sobre la titularidad del derecho.

STC 51/84, caso *Farmacéuticos de Valencia*.

- Sobre el derecho de acceso a los cargos públicos representativos de diputados electos.

STC 119/90, caso *Idígoras-Aizpurúa-Alcalde*.

- Sobre el derecho de acceso de candidatos electos a acceder en condiciones de igualdad y preservando su identidad a los cargos públicos representativos.

STC 70/95, caso *Los Verdes*.

STC 71/95, caso *Los Verdes alternativa*.

STC 72/95, caso *Alternativa de Izquierda-Los Verdes y Los Verdes-Grupo Verde*.

- Sentencias relativas al procedimiento electoral.

STC 24/90, caso *Elecciones de Murcia*.

STC 25/90, caso *Elecciones de Melilla*.

STC 26/90, caso *Elecciones de Pontevedra*.

STC 27/90, caso *Elecciones de Ávila*.

### **b) Legislación.**

- Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas.
- Ley 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- Ley 5/85, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
- Directiva 94/80 CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, que regula el Derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales de la Unión.
- Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992.

### **c) Orientación bibliográfica.**

- En relación con el derecho de acceso a cargos y funciones públicas en general:

- Ballarín Iribarren, J. "El derecho de acceso a los cargos y funciones públicas", *Poder Judicial*, núm. 5, 1987.
- Biglino Campos, Paloma. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3 y 4, 1988.
- Fossas Espadaler, Enric. *El derecho de acceso a los cargos públicos*.
- López Guerra, L., *et alii*. *Derecho Constitucional, Tirant Lo Blanch*, 1997.
- Martínez Miner. *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Madrid, 1996.
- Pulido Quecedo, Manuel. *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Civitas, 1992.
- Sánchez Blanco, Ángel. "Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política". *REDA*, nº 46, 1985 .

- Respecto a la titularidad del derecho:

- Arnaldo Alcubilla, Enrique. "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *REDC*, núm. 34. (enero-abril), 1992.
- Cruz Villalón, Pedro. "Dos cuestiones sobre la titularidad de derechos; los extranjeros, las personas jurídicas", *REDC*, nº 35, 1992.

- Sobre la representación política en general y el papel de los partidos políticos:

- Chueca Rodríguez, Ricardo L. "Sobre la irreductible dificultad de la representación política". *REDC*, nº 21, (septiembre-diciembre), 1987.
- Bastida Freijedó, Francisco J. "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos", *REDC*, nº 21, (sep-

tiembre-diciembre), 1987.

- De Vega, Pedro. "Significado constitucional de la representación política" *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 44, (marzo-abril), 1985.

- Otros aspectos en relación con el derecho de acceso a cargos y funciones públicas:

- Díaz Revorio, Francisco Javier. "El acatamiento a la constitución y el acceso al ejercicio de cargos públicos representativos". *Revista de las Cortes Generales*, n.º 28, 1993.

- Mangas Martín, Araceli. "La declaración del Tribunal Constitucional sobre el artículo 13.2 de la Constitución", *REDI*, n.º. 44, 1992.

- En relación con la protección jurisdiccional del derecho:

- Figueruelo Burrieza, Ángela. "Notas acerca del recurso de amparo electoral", *REDC*, n.º 25 (enero-abril), 1989.

- González Hernández, Juan Carlos. *Derecho Electoral Español. Normas y Procedimiento*, Tecnos, 1996.

- Ruiz Rico, G y Silvio Gambino. *Formas de Gobierno y Sistemas Electorales*, Tirant Lo Blanch, 1997

- Santolaya Machetti, Pablo. *Manual de procedimiento electoral*. Ministerio de Justicia e Interior. 1995.

- Solozabal Echevarría, Juan J. "Sobre la jurisprudencia electoral en materia electoral", *REDC*, n.º 30, 1990.