

LA PROHIBICIÓN DE MANDATO IMPERATIVO COMO UNA GARANTÍA AL SERVICIO DE LA REPRESENTATIVIDAD DEMOCRÁTICA

Comunicación presentada por Miguel Ángel Presno Linera, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, al Taller *Representación y mandato*, desarrollado en el transcurso del XII Congreso de la Asociación Española de Derecho Constitucional (Alicante, 28 y 29 de abril de 1999).

LA PROHIBICIÓN DE MANDATO IMPERATIVO COMO UNA GARANTÍA AL SERVICIO DE LA REPRESENTATIVIDAD DEMOCRÁTICA

Miguel Ángel Presno Linera. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. El origen liberal de la prohibición.- II. La recepción de la prohibición de mandato imperativo en los Estados democráticos.- III. La prohibición de mandato imperativo en la Constitución española de 1978.- IV. Recapitulación.-

I. El origen liberal de la prohibición.-

El mandato, articulado a partir de los Acudernos de instrucciones@ y garantizado con la posibilidad de revocación del representante díscolo, que había estado vigente durante la época medieval, es rechazado en el período liberal. Es la lógica consecuencia del asentamiento del dogma de la soberanía nacional y del correlativo principio constitucional en virtud del cual el parlamentario no representa a sectores concretos de la población o a determinadas clases sociales, sino a la Nación entera; pero es también, sobre todo, producto de la confianza en el legislador y en su procedimiento de adopción de decisiones socialmente vinculantes¹.

La prohibición de mandato imperativo y la idea de representación nacional son las dos piezas basilares sobre las que se edificará todo el sistema de representación política que surge con el Estado liberal y al que se trata de dotar de un contenido general, abstracto, desligándose así de la representatividad especial característica de la época medieval, en la que los representantes estaban sujetos a un auténtico mandato imperativo, lo que no resulta extraño si se parte de una concepción de la representación similar a la que es propia del derecho privado, aunque la contraposición entre derecho público y derecho privado no puede ser aplicada con propiedad en la época histórica a la que nos estamos refiriendo, por tratarse de una diferenciación sólo justificable a partir del Estado absoluto, mientras que lo que caracteriza al derecho y a la política medievales es la fusión de lo público y lo privado. No existe mejor garantía de la adecuada defensa de los intereses de un estamento determinado que confiarla a determinados miembros de dicho estamento, que a su vez deben rendir cumplida cuenta de su gestión ante los demás integrantes de ese colectivo².

1 . Esta prohibición alcanza por vez primera rango constitucional en el artículo 7 del Título III de la Constitución francesa de 1791 y se mantiene sin interrupción hasta nuestros días; sobre su evolución histórica véase el estudio de Nicolò ZANON: **Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull=articolo 67 della Costituzione**, Giuffrè, Milán, págs. 30 y sigs.; en nuestra doctrina, véase Antonio TORRES DEL MORAL: **ADemocracia y representación en los orígenes del Estado constitucional@**, **Revista de Estudios Políticos**, n1 203, 1975, págs. 145 y sigs.

2 . Como sostiene Raymond CARRÈ DE MALBERG, la representación adopta cada vez más el carácter de una representación de clases y de intereses particulares; véase su **Contribution à la Théorie générale de l=Etat**, Sirey, París, 1922, vol. II, pág. 234.

Si, desde la perspectiva teórica liberal, la Asamblea representativa es el lugar en el que se forma y manifiesta la voluntad de la Nación y ésta únicamente surge después de la discusión pública y racional entre los representantes, es necesario que los diputados puedan participar en ese intercambio de pareceres y argumentos con plena libertad, y desligados de cualquier tipo de ataduras que puedan abortar el nacimiento de la voluntad soberana³. En este sentido, la libertad del representante liberal le aproxima más, en lo que se refiere a su capacidad de decisión, al Príncipe absoluto que a los representantes estamentales.

Los diputados electos dejan de ser los portavoces comisionados por los distintos sectores sociales y departamentos territoriales para exponer sus pretensiones y defender sus intereses; no son ya ni sus mandatarios, ni sus apoderados ni, en rigor, sus representantes. En realidad no son *representantes+ de nadie, en sentido estricto, puesto que no manifiestan una voluntad preexistente, sino que propiamente la constituyen⁴. Esa es la misión a la que están llamados, la de articular una voluntad del Estado beneficiosa para el desarrollo social, que a su vez, en la línea del pensamiento de **Constant**, queda en manos de los particulares, despreocupados de cualquier otra cosa que no sea la búsqueda de su bienestar.

II. La recepción de la prohibición de mandato imperativo en los Estados democráticos.-

3 . Precisa Martin KRIELE que si bien es cierto que la Adiscusión pública@ constituye la base del parlamentarismo, tal cosa es verdad sólo si el concepto de discusión es entendido dialécticamente, como comprendido en el proceso de polémica histórica que el parlamentarismo encauza mediante reglas procesales;... los argumentos y las discusiones no alteran por lo general las opiniones de forma directa e inmediata, pero dirigen las experiencias que a su vez producen cambios de opinión; cfr. su **Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungstaates**, (4. Auflage), Westdeutscher, Opladen, 1990, págs. 181 y sigs. Especialmente crítico, si bien desde una perspectiva antagónica, con la virtualidad de los debates parlamentarios se mostrará Carl SCHMITT en **Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus**, Duncker & Humblot, Berlín, 1991, págs. 21 y sigs. Gerhard LEIBHOLZ sí cree en el carácter creativo y fructífero de las discusiones parlamentarias, en el poder de convicción de los argumentos racionales; véase su **AParteienstaat und repräsentative Demokratie. Eine Betrachtung zu Art. 21 und 38 des Bonner Grundgesetzes@**, en **Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung** (Herausgegeben von Heinz Rausch), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, págs. 245 y sigs.

4 . Sobre la constitución de esa voluntad nacional, véase Emmanuel-Joseph SIÈYES: **Qu=est-ce que le Tiers état?**, Librairie Droz, Ginebra, 1970, págs. 201 y sigs.

La democratización del Estado liberal se inicia con la progresiva extensión del sufragio y el reconocimiento del voto como una forma de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder del Estado. La culminación de este proceso se produce cuando se institucionalizan como principios fundamentales por los que se ha de regir su desarrollo la libertad de los ciudadanos y, en especial, la igualdad de los mismos y el respeto al pluralismo político y social⁵.

El procedimiento mediante el que se elige a los representantes y la ampliación del espectro sociopolítico en el que se lleva a cabo su reclutamiento, otorgan una nueva legitimidad a la función representativa al articularse el propio sistema de selección de los representantes como una forma mediante la que se propicia la intervención de los ciudadanos en la adopción de las decisiones políticamente relevantes dentro del Estado⁶.

Ahora la representación debe ser representativa y no sustitutiva, y para ello es necesario el establecimiento de una fórmula electoral de asignación proporcional de escaños, como elemento imprescindible para dotar de verdadero pluralismo a un sistema político, pues permite que cada opción política tenga una presencia en las instancias de decisión ajustada al respaldo electoral obtenido y, en consecuencia, a su implantación social. De esta manera se concede carta de naturaleza jurídica a la expresión del pluralismo presente en la sociedad, se garantiza la presencia parlamentaria de la minoría en el proceso de adopción de decisiones, estructurado así de acuerdo con los principios de contradicción y transparencia, y resulta justificado que la decisión final con la que concluye el procedimiento sea a su vez expresión de

5 . Martin KRIELE explica esta evolución a partir del traspaso de la idea del proceso judicial al proceso político de legislación [**ob. cit.**, págs. 106 y sigs.], lo que ya estaba presente en el pensamiento de Jeremy BENTHAM cuando afirmaba que Avotar, en pro o en contra, es declarar, es ejercer las funciones de juez; y el hablar, en pro o en contra, es alegar, es ejercer el oficio de abogado@; cfr. sus **Tácticas parlamentarias**, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991, pág. 187.

Sobre la función legitimadora del procedimiento legislativo como Amediación@, véase Ignacio de OTTO Y PARDO: ALa función política de la legislación@, en **Parlamento y sociedad civil (simposium)**, (coordinación a cargo de Miguel Ángel Aparicio), Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Barcelona, 1980, págs. 49 y sigs.

6 , Sobre las transformaciones que experimenta el contenido de la representación política con el tránsito del Estado liberal a un sistema democrático, véase, en nuestra doctrina, Ángel GARRORENA MORALES: **Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)**, Civitas, Madrid, 1991, págs. 57 y sigs.

la voluntad de la mayoría parlamentaria⁷.

Esta nueva configuración del instituto de la representación otorga un sentido diferente a la prohibición de mandato imperativo que sigue vigente en los textos constitucionales que instauran el Estado democrático de Derecho, en el que la mencionada prohibición sólo puede tener un sentido funcional: no hay sometimiento a ningún tipo de mandato porque el representante se debe únicamente a la representatividad que porta y que se configura en las urnas, en la voluntad política de un sujeto jurídico, el cuerpo electoral. Lo que ahora se busca es que los elegidos respondan a lo elegido por los ciudadanos y esta pretensión se puede articular jurídicamente mediante el reconocimiento del significado normativo de la adscripción política de esos representantes, es decir, a través del otorgamiento de una determinada estructuración jurídica a los órganos del Estado en los que aquellos representantes se integran, de forma que se conceda así efectividad a la voluntad manifestada por los ciudadanos; de modo, en fin, que la representación política exprese una representatividad democrática. La prohibición de mandato imperativo tiene, de acuerdo con esta concepción funcional del ejercicio del cargo representativo, como fundamento constitucional la pretensión de otorgar efectividad a la representatividad política y mantener la vinculación entre electores y elegidos⁸.

La titularidad de un cargo público representativo constituye una habilitación normativa para la expresión de la representatividad conferida por los electores, con lo que los representantes no son los dueños de esa representatividad, sino que los titulares del cargo son, más bien, un instrumento al servicio de la realización de la misma⁹. Por estos motivos, la

⁷ . AEl debate en el plenario cumple la muy importante función de permitir a los ciudadanos representados tener conocimiento de lo que sus representantes piensan sobre una determinada materia... y extraer sus propias conclusiones acerca de cómo aquéllos asumen o se separan de lo manifestado en sus respectivos programas electorales. @, (STC 124/1995, de 18 de julio, fj. 31).

⁸ . Como ha dicho el Tribunal Constitucional, el sentido del derecho al mantenimiento en los cargos públicos representativos A no es otro que el de garantizar el ejercicio de la función representativa @; STC 214/1998, de 11 de noviembre, fj. 41).

⁹ . Sobre el concepto de A cargo representativo @, véase el estudio de Francisco Javier GARCÍA ROCA: A La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos

pretensión de asegurar al máximo la fidelidad, la lealtad electoral de los parlamentarios, no sólo no constituye un remedo moderno del mandato imperativo estamental, sino que es una exigencia consustancial al sistema representativo democrático. Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, A los Diputados son representantes del pueblo español considerado como unidad, pero el mandato que cada uno de ellos ha obtenido es producto de la voluntad de quienes los eligieron... La fidelidad a este compromiso político, que ninguna relación guarda con la obligación derivada de un supuesto mandato imperativo,..., no puede ser desconocida ni obstaculizada...@ (STC 119/1990, fj. 71).

III. La prohibición de mandato imperativo en la Constitución española de 1978.

La cuestión del mandato imperativo apenas se debatió durante la elaboración de nuestro texto constitucional, aunque sí se realizaron algunas menciones al mandato imperativo de los partidos¹⁰. A este problema se ha referido también el Tribunal Constitucional, aclarando que A esa jurisprudencia [se refiere a las sentencias dictadas a propósito de la aplicación del artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales: 5/1983, 10/1983,...] *trata de limitar los poderes del partido frente al electo, también para garantizar la representatividad popular obtenida por éste, evitando excesos y extralimitaciones que podrían llegar a un resultado constitucionalmente ilegítimo como el del mandato imperativo (artículo 67.2 C.E.)*@ (STC 31/1993, fj. 31)[la cursiva es nuestra]¹¹.

Nuestra doctrina no se ha sentido indiferente hacia los problemas que plantea la

fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución@, **Revista de las Cortes Generales**, n.º 34, 1995, págs. 51 y sigs.

¹⁰ . En palabras de Fraga Iribarne, *Ahí* una evolución de los partidos en los últimos ochenta años en todas partes que ha hecho que el famoso principio que seguimos poniendo en nuestros textos constitucionales de que se prohíbe el mandato imperativo, en la práctica sea una pura ficción de derecho, porque en la vida del partido actual existe el mandato imperativo...@; **Constitución española. Trabajos parlamentarios**, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pág. 1735.

¹¹ . Ha de señalarse, además, que inicialmente nuestro Alto Tribunal vinculaba la prohibición del mandato imperativo con la libertad de los representantes frente a los representados: *A la función del representante puede revestir, ciertamente, muy distintas formas y, aunque en el entendimiento común y en la opción política de nuestra Constitución (artículo 1.3) la idea de representación va unida a la del mandato libre, no es teóricamente inimaginable un sistema de democracia mediata o indirecta en la que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los representados...*@ (STC 10/1983, fj. 21).

virtualidad actual de la prohibición del mandato imperativo y su imbricación en un sistema representativo en que la presencia de los partidos resulta evidente¹². Las consideraciones que ha merecido el precepto constitucional mencionado van desde una acerada crítica hasta una moderada aceptación, pasando por su calificación como prácticamente inoperante.

Se ha mostrado especialmente crítico en esta materia el profesor **Blanco Valdés**, quien, constatando que en la actualidad la prohibición va destinada a incidir no tanto en la relación representantes/electores, como en la mucho más decisiva representantes/partidos, al configurarse éstos como los auténticos centros de dirección y coordinación del voto de los parlamentarios y al aparecer, en última instancia, como los sujetos vertebradores de las propias opiniones y posiciones de los electores, concluye que, lejos de aparecer como elemento corrector del peligro de plasmación parlamentaria de una política estrictamente clientelar, la prohibición del mandato imperativo aparece en la actualidad como un elemento corrector del mecanismo democrático¹³.

Para otros autores, como el profesor **Punset Blanco**, nos encontramos ante una cláusula irrelevante respecto de las relaciones entre representantes y partidos políticos, dado que la libérrima conducta de los parlamentarios se debe a que son ellos y no los partidos quienes ostentan la titularidad del escaño. No es, sin embargo, superflua con los senadores designados por las Asambleas de las Comunidades Autónomas (artículo 69.5 C.E.), igualmente afectados por la prohibición del mandato imperativo y que por ello no pueden recibir instrucciones de los órganos que los designan¹⁴.

12 . El profesor Francisco FERNÁNDEZ SEGADO realiza un resumen comentado de las posiciones doctrinales en *Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo*, **Revista de las Cortes Generales**, n.º 32, 1994, págs. 34 y sigs.

13 . **Los partidos políticos**, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 95 y 97.

14 . *Prohibición de mandato imperativo y pertenencia a partidos políticos*, en **Derecho de partidos**, (Coordinador José Juan González Encinar), Tecnos, Madrid, 1992., págs. 125 y sigs., y, más extensamente, en **El Senado y las Comunidades Autónomas**, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 151 y sigs.; ya se había pronunciado sobre estas cuestiones en **Las Cortes Generales**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983. Sobre la innecesariedad de esta prohibición se ha manifestado también José Antonio PORTERO MOLINA en *Sobre la representación política*, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n.º 10, 1991, págs. 114 y sigs.

A nuestro juicio, la prohibición de mandato imperativo, recogida en el artículo 67.2 de nuestra Constitución, ni es una mera cláusula de estilo ni menoscaba el ejercicio democrático de las funciones representativas, siempre que se le otorgue un sentido funcional como instrumento al servicio de la expresión de la representatividad. Esta prohibición es una distorsión del principio democrático si se interpreta en un sentido liberal que permita una concepción patrimonial del escaño. Desde esta perspectiva decimonónica del mandato representativo, el representante porta una representatividad abstracta referida al interés nacional y desligada del concreto electorado que le eligió. En cambio, como ya hemos anticipado, la prohibición de mandato imperativo en democracia sólo puede tener un sentido funcional: no hay sometimiento a ningún mandato porque el representante se debe solo a la representatividad que porta y que se configura en las urnas, en la voluntad política de un sujeto jurídico, el cuerpo electoral.

En este sentido, hay que tener en cuenta que cuando el artículo 23.1 de nuestra Norma Fundamental reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos establece que su ejercicio se hace directamente o a través de representantes libremente elegidos; es decir, no afirma que la participación se agote en la elección de representantes, sino que la participación es a través de representantes que son libremente elegidos. La representación da continuidad a la participación y de ahí la necesidad de que al representante se le reconozca su representatividad. En definitiva, la prohibición prevista en el artículo 67.2 de la CE es un complemento para el ejercicio de la función representativa, del mismo tenor que las prerrogativas parlamentarias de la inviolabilidad, la inmunidad o el fuero jurisdiccional, y es esta consideración la que ha de servir para modular su eficacia.

IV. La virtualidad de la prohibición de mandato imperativo.-

En los ordenamientos de nuestro ámbito jurídico, la prohibición de mandato imperativo

ha sido entendida como una cláusula de protección de los parlamentarios frente a la eventual imposición de órdenes o instrucciones por parte de la formación política en cuyas listas electorales han sido elegidos.

Así, en Italia, cuyo texto constitucional, además de reconocer el derecho de todos los ciudadanos para acceder a los oficios y cargos públicos en condiciones de igualdad (**artículo 51.1**), establece que *Acada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejercita sus funciones sin vínculo de mandato* (**artículo 67**), la Corte Constitucional ha resuelto, en una significativa sentencia, que el **artículo 67** de la Constitución, ubicado entre las normas que se refieren al ordenamiento de las Cámaras y no entre aquellas que disciplinan la formación de las leyes [como sucede también en nuestro texto constitucional], tiene como finalidad asegurar la libertad de los componentes del Parlamento. *La prohibición del mandato imperativo significa que el parlamentario es libre de votar de acuerdo con las indicaciones de su partido, pero también es libre de sustraerse a las mismas; ninguna norma podría legítimamente disponer que se derivasen consecuencias contrarias al parlamentario por el hecho de que haya votado en contra de las directivas del partido (Sentencia n° 14/1964, fj. 21)*¹⁵ [la cursiva es nuestra].

En este mismo sentido se ha pronunciado parte de la doctrina italiana¹⁶, aunque esta conclusión no es unánime, hasta el punto de que se ha llegado a considerar que la prohibición de mandato imperativo tiene únicamente el sabor de una cláusula de estilo incluida en el texto constitucional por respeto a la tradición¹⁷.

15 . Véase, ampliamente, Nicolò ZANON: **Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull=articolo 67 della Costituzione**,...; en particular, las págs. 211 y sigs.; también el comentario a este artículo de Costantino MORTATI en el **Commentario della Costituzione (a cura di G. Branca), Art. 64-69. Le Camere**, Zanichelli-II Foro, Bologna/Roma, 1986, Tomo II, págs. 179 y sigs.

16 . Así, por ejemplo, Andrea MANZELLA: **Il Parlamento**, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 17 y 18; para Paolo RIDOLA este principio incluye una garantía de la libertad del proceso político y opera indirectamente como un factor de democracia interna de los partidos; **ADivieto del mandato imperativo e pluralismo politico**, en **Scritti in onore de Vezio Crisafulli**, Cedam, Padua, 1985, Tomo II, págs. 688 y sigs.; también en **ALa rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo**, en **Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso**, Cedam, Padua, 1995, Vol. II, pág. 460.

17 . Así, Lelio BASSO: **All partito nell=ordinamento democratico moderno**, **Indagine sul partito**

Suscita también el máximo interés la solución que se ha dado en el sistema constitucional alemán, pues al producirse en este ámbito la Aincorporación constitucional de los partidos@ es necesario precisar si eso comporta algún tipo de dependencia de los parlamentarios respecto a las formaciones políticas; es decir, si el **artículo 21.1** de la Ley Fundamental (ALos partidos cooperarán en la formación de la voluntad política del pueblo. Su creación es libre. Su organización interna deberá responder a principios democráticos...@) modula de alguna manera el significado el **artículo 38.1** de la misma norma (ALos diputados del Parlamento Federal alemán son elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Los diputados serán representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.@)¹⁸.

Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, el *status* representativo del diputado constituye el fundamento de la autoridad representativa del *Bundestag* (**BVerfGE 80, 188, 216 y 217**)¹⁹ y la no sujeción a mandatos ni instrucciones otorga libertad plena a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones como representantes de todo el pueblo alemán, y con independencia de su pertenencia a un partido político (**BVerfGE 7, 63, 73**); en este

político. La regolazione legislativa, Giuffrè, Milano, 1966, Tomo Primo, págs. 78 y sigs.; véase también en este sentido Antonino SPADARO: ARiflessioni sul mandato imperativo di partito@, en **Studi parlamentare e di politica costituzionale**, n1 65, 1985, págs. 21 y sigs.

18 . Sobre el significado del artículo 38 de la Ley Fundamental, véase MAUNZ-DÜRIG: **Grundgesetz. Kommentar**, C. H. Beck, Munich, Bd. III, págs. 1 y sigs.; también el análisis a propósito del Acontenido democrático fundamental@ de este derecho que realiza el Tribunal Constitucional Federal en la **BVerfGE 89, 155** (n1 17, de 12 de octubre de 1993), sobre la constitucionalidad del Tratado de Maastricht; resolución a su vez comentada, en relación con el derecho de sufragio activo, por Ulrich M. GASSNER: AKreation und Repräsentation. Zum demokratischen Gewährleistungsgehalt von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG@ en **Der Staat**, 34. Band, 1995, Heft 3, págs. 429 y sigs., y, en sentido diferente, por Astrid EPINEY: ADer status activus des citizen@, **Der Staat**, 34. Band, 1995, Heft 4, págs. 557 y sigs.; sobre esta resolución véase, en nuestra doctrina, Benito ALÁEZ CORRAL: AComentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de octubre de 1993", **Revista Española de Derecho Constitucional**, n1 45, 1995, págs. 243 y sigs.; con carácter más general, véase, de este mismo autor, ASoberanía constitucional e integración europea@, en **Fundamentos. Cuadernos monográficos de Derecho Público, Teoría del Estado e Historia Constitucional**, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1/1998, págs. 503 y sigs.

19 . Véase sobre esta cuestión, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE: ADemokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion@, **Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft**, Hf. 11, Hannover, 1983, y ADemokratische Willensbildung und Repräsentation@, **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, (Hrgs. Isensee und Kirchhof), C. F. Müller, Heidelberg, 1987, Bd. II, págs. 29 y sigs.

mismo sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina alemana²⁰, aunque, aquí también, hay posiciones mucho más matizadas e, incluso, abiertamente contrarias²¹.

Lo que resulta innegable es que en el ordenamiento constitucional alemán se ha introducido un elemento propio, no del sistema de partidos, sino del instituto de Adefensa de la Constitución²² en relación con los partidos, que mediatiza, en un sentido restrictivo y, creemos, inconstitucional, los efectos de la aplicación del **artículo 38.1** de la Ley Fundamental²²; en definitiva, de la proclamada libertad de los representantes en el ejercicio de sus funciones.

Se trata de la disposición contenida en el **artículo 46.1** de la Ley Electoral Federal, en la que se configura como causa de pérdida de la condición de diputado en el *Bundestag* la declaración de inconstitucionalidad del partido o de la organización sectorial de un partido al que pertenezca, por resolución del Tribunal Constitucional Federal según lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley Fundamental.²³ Según este último precepto, A los partidos que por sus fines o por la actitud de sus afiliados tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal.²³.

Lo mismo sucede en la mayor parte de los Estados federados con los mandatos de las

20 . Véanse Dieter GRIMM: AParlament und Parteien²⁰, y Hasso HOFMANN/Horts DREIER: ARepräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz²⁰, ambos en **Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland** (herausgegeben von Hans-Peter Schneider und Wolfgang Zeh), de Gruyter, Berlin, 1989, págs. 204 y sigs., y 184 y sigs., respectivamente.

21 . Véanse, por ejemplo, las citas recogidas por Klaus STERN en **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, C.H.Beck, München, 1977, Band I, págs. 843 y sigs.

22 . Sobre el significado de la Adefensa de la Constitución²², con minuciosas referencias a su vigencia en el ordenamiento constitucional alemán, véase, en nuestra doctrina, Ignacio de OTTO Y PARDO: **Defensa de la Constitución y partidos políticos**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 11 y sigs.

23 . De acuerdo con lo establecido en el **apartado 4 del artículo 46**, si un partido, o una organización sectorial de un partido, es declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal, según el artículo 21.2 de la Ley Fundamental, pierden los diputados la pertenencia al *Bundestag* ... Si los diputados fueron elegidos en distritos electorales se repetirá la elección, sin que puedan presentarse como candidatos los diputados que hayan perdido su escaño. Quedan vacantes los escaños de diputados que fueron elegidos mediante lista de *Land* del partido, o de organización sectorial de un partido, declarado inconstitucional.

Asambleas regionales. Y es que en la República Federal de Alemania, en palabras de **Denninger**, el poder legislativo no tolera la existencia de enemigos notorios de la Constitución entre sus miembros.

Sin embargo, el contenido de esta regulación contradice la idea de representación de la totalidad del pueblo alemán que ejerce cada integrante de una de sus Cámaras parlamentarias -el *Bundestag*-. La Adefensa de la Constitución@ no puede articularse de modo contrario al tenor y significado del propio texto constitucional, que contempla la declaración de inconstitucionalidad para los partidos que, por sus fines o por la actitud de sus afiliados, tengan como objetivo desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal (**artículo 21.2** de la Ley Fundamental), pero en ningún caso se prevé en este precepto la pérdida del mandato parlamentario de los representantes elegidos en las listas avaladas por las formaciones políticas declaradas con posterioridad inconstitucionales.

Esta consecuencia es producto de la voluntad del legislador y contradice el principio estructural de la democracia representativa, que preside la articulación del Estado Federal alemán. Desde luego este resultado fue rechazado en los trabajos parlamentarios preparatorios de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán²⁴, aunque, a juicio de **Denninger**, esa previsión legal hace justicia a la realidad partidaria democrático-constitucional del artículo 21 de la Ley Fundamental²⁵. Esta opinión resulta compartida por el Tribunal Constitucional Federal (**BverfGE 2, 72**), aunque ha sido criticada, a nuestro juicio con fundamento, por algún significado autor²⁶.

24 . Véase el comentario al artículo 46 en MAUNZ/SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN/ULSAMER: **Bundesverfassungsgerichtsgesetz**, C.H. Beck, Munich, 1989.

25 . Véase sobre esta cuestión su estudio ADemocracia militante y defensa de la Constitución@, en BENDA/MAIHOFER/VOGEL/HESSE/HEYDE: **Manual de Derecho Constitucional**, (traducción de Antonio López Pina), IVAP/Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 479.

26 . Véase, por ejemplo, Konrad HESSE: **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, (19., überarbeitete Auflage), C.F.Müller, Heidelberg, 1993, págs. 240 y sigs. El propio Gerhard LEIBHOLZ declara que la declaración de inconstitucionalidad de un partido por parte del Tribunal Constitucional Federal, en virtud del artículo 21.2, no puede implicar, a causa del artículo 38 de la Ley

Incluso en un ordenamiento articulado sobre poderosos instrumentos de Adefensa de la Constitución@ como ocurre en el caso de Turquía, en particular a propósito del carácter Ademocrático, seglar y social@ del Estado (**artículo 2** de la vigente Constitución, de 7 de noviembre de 1982, modificada de forma parcial en 1995)²⁷, la eventual declaración de inconstitucionalidad de un partido político por parte del Tribunal Constitucional a propuesta del Fiscal General de la República (**artículo 69** de la Constitución), aunque implica la disolución del Grupo Parlamentario que es expresión política de la formación disuelta, no lleva aparejada la pérdida del escaño parlamentario de todos los elegidos en las listas de esas formación, aunque sí pierden su acta de diputado aquellos parlamentarios cuyos actos y declaraciones hayan sido considerados por el Tribunal Constitucional como causa de la disolución del partido (**artículo 84** de la Constitución)²⁸.

La libertad del parlamentario en el ejercicio de sus funciones es plena, desde una perspectiva estrictamente jurídica, incluso en el ordenamiento constitucional portugués, que también configura el acceso a los cargos públicos en condiciones de libertad e igualdad como un derecho de los ciudadanos (**artículo 50.1**), donde los partidos y los grupos parlamentarios son las verdaderas *dramatis personae* de la actividad parlamentaria, quedando reducidos los

Fundamental, la conclusión del mandato del parlamentario; en AParteienstaat und repräsentative Demokratie@, **Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation...**, pág. 255.

27 . Así, conforme a lo establecido en el **artículo 14**, ninguno de los derechos y libertades contenidos en la Constitución podrán ejercitarse con el fin de atentar a la integridad del Estado, de poner en peligro la existencia del Estado y la República turca, de atentar contra derechos y libertades fundamentales,...

28 . Después de la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1995 la ilegalización permanente de la formación política no trae como consecuencia la pérdida del mandato para los parlamentarios que perteneciesen al partido en la fecha en que se inició la acción de disolución, tal y como se establecía inicialmente en el texto constitucional de 1982. Sobre los avatares que han presidido la ilegalización del islamista Partido del Bienestar (Refah), declarada por el Tribunal Constitucional turco el día 16 de enero de 1998, véase la información recogida en el diario **El País** del día 17 de enero, pág. 2.

Las disoluciones del Partido Comunista Unificado de Turquía y del Partido Socialista, producidas a través de sendas resoluciones del Tribunal Constitucional turco, han sido declaradas contrarias al artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**SSTEDH de 30 de enero y de 25 de mayo de 1998**; casos del APartido Comunista Unificado de Turquía y Otros contra Turquía@ y del APartido Socialista y Otros contra Turquía@). Según el mencionado artículo 11, AToda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación,... El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos...@

diputados a portavoces de los respectivos partidos²⁹, pues los diputados, en cuanto tales y de conformidad con el **artículo 163** de la Constitución, tienen plena disposición sobre sus votos, opiniones y conductas³⁰.

Si esto es lo que sucede en los ordenamientos constitucionales que más influencia han ejercido en la articulación del sistema español, no parece que carezca de fundamento la idea de que el significado actual de la prohibición del mandato imperativo en nuestro texto constitucional tiene que ver con la garantía de la independencia del titular del cargo representativo frente a la formación política que ha promovido su candidatura y, de modo especial, ante la entidad que en sede parlamentaria actúa como su emanación lógica, el Grupo Parlamentario. Ahora bien, esta garantía no se concede al parlamentario sino como complemento indispensable para el ejercicio de sus funciones. Es decir, se reconoce para que el parlamentario otorgue efectividad al derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Es, en definitiva, un instrumento establecido para asegurar la expresión de la representatividad política, y es esta finalidad la que ha de presidir su articulación y operatividad, y la que debe modular, en su caso, la libertad del representante en el ejercicio de sus funciones.

Es necesario, por tanto, interpretar el contenido del **artículo 67.2** de nuestra Norma Fundamental a la luz del **23** y éste a su vez teniendo presente el principio de representatividad democrática que se desenvuelve a través de los procesos electorales y que da lugar a la existencia de una representación vinculada a la voluntad manifestada en los comicios, y no sustitutiva de la misma³¹.

29 . Así, José Joaquim GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA: **Costituição da República Portuguesa Anotada**, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pág. 623.

30 . Ibidem, págs. 644 y 645.

31 . Sobre el significado constitucional de este precepto, véase, en particular, Manuel PULIDO QUECEDO: **El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución**, Civitas-Parlamento de Navarra, Madrid, 1992; también, Enric FOSSAS ESPALADER: **El derecho de acceso a los cargos públicos**, Tecnos, Madrid, 1993, y Esther MARTÍN NÚÑEZ: **El régimen constitucional del cargo**

La virtualidad de la prohibición contenida en el **artículo 67.2** de nuestro texto constitucional se manifiesta en la tutela concedida al parlamentario para, en atención a la lealtad a la representatividad política que porta, sustraerse a las eventuales distorsiones que en la expresión de dicha representatividad pudieran producirse como consecuencia de la intervención, no de los órganos parlamentarios representativos, sino de los Grupos Parlamentarios, que aunque no son órganos de las Cámaras participan de manera muy relevante en el ejercicio de las funciones representativas. Esta preeminencia de los Grupos ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, hasta el punto de considerar que los mismos también ostentan la titularidad del derecho reconocido en el **artículo 23.2 (SSTC 108/1986, 36/1990 y 81/1991)**³². Esta Acotitularidad@obliga a tener muy presente lo dispuesto en el **artículo 67.2** si se quiere que, en aras a la garantía de la expresión democrática de la representatividad política, los parlamentarios individualmente considerados sigan teniendo entidad propia como representantes de los ciudadanos, a pesar del innegable declive que ha experimentado su protagonismo en relación con el propio de los Grupos.

El parlamentario es libre, desde una perspectiva jurídica, para actuar de conformidad con las instrucciones recibidas, bien del partido o bien del Grupo Parlamentario, y tanto el partido como el Grupo Parlamentario están dotados de suficientes mecanismos para modular esa libertad, pudiendo llegar, en su caso, a la expulsión del representante díscolo, lo que repercutirá en el ejercicio por parte de este último del cargo representativo, pues cesará en las funciones que desempeñaba por cuenta del Grupo (como componente de la Mesa, de las Comisiones parlamentarias, etc).

Pero, en último término, también el parlamentario está legitimado para rechazar las citadas instrucciones y apartarse de ellas, como mecanismo básico para el propio funcionamiento democrático del sistema representativo y, lo señala el profesor **Ridola**, como

público representativo, Cedecs, Barcelona, 1996.

32 . Véanse los comentarios a esta jurisprudencia de Manuel PULIDO QUECEDO en la **ob. cit.**, págs. 278 y sigs.

instrumento, aunque sea indirecto, de democracia interna en el seno de los partidos³³.

Es obvio, no obstante, que dada la Asunción política que puede recibir el representante a causa de esa desobediencia, la misma únicamente se producirá en casos extremos. Como ha afirmado el profesor **García-Pelayo**, Aen qué medida esté dispuesto a hacer uso de esa garantía es una decisión personal en la que se sopesarán las lealtades, valores y roles en conflicto, así como los costos políticos de la decisión entre los que, en la mayor parte de los casos, se contará la exclusión de la clase política.³⁴

La conexión entre el **artículo 67.2** y el **23.2** permite entender, dado el carácter funcional de la prohibición al servicio de la representatividad, que no sólo los parlamentarios de las Cortes Generales gozan de esta garantía, sino que la misma ha de considerarse inherente al ejercicio de la función, cualquiera que sea el ámbito en el que la misma se desenvuelve. En otras palabras, protege también la representatividad que se expresa en las instituciones representativas autonómicas y locales. Por este motivo, se declaró inconstitucional el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, que anudaba la pérdida del cargo de concejal a la expulsión del partido, con lo que se otorgaba a este último la posibilidad de romper el vínculo existente entre representante y representados.

La prohibición de mandato imperativo también extiende su eficacia en favor de los Senadores designados por las Comunidades Autónomas, no sólo frente a los Grupos Parlamentarios en los que se integren, sino también ante a las Cámaras que los han nombrado, pues no son Asus representantes, y ante los Grupos políticos cuya presencia parlamentaria ha de tenerse en cuenta en el momento de la designación para que ésta asegure Ala adecuada representación proporcional (**artículo 69.6 CE**).

33 . ADivieto del mandato imperativo e pluralismo politico, **ob. cit**, págs. 688 y sigs.

34 . **El Estado de partidos**, Alianza, Madrid, 1986, pág. 100.

IV. Recapitulación.-

La prohibición del mandato imperativo debe constituir, desde la óptica democrática, un reducto último de la libertad del parlamentario para mantenerse leal a la representatividad que porta, y que deriva de la legitimación obtenida en la elección efectuada por los ciudadanos. En este sentido puede concluirse que existe en favor del representante una presunción *Aiuris tantum* de representatividad, de conexión con la voluntad recibida de los electores. Esta presunción puede desaparecer, puesto que a diferencia de lo que ocurría en la época liberal no es *Aiuris et de iure*, cuando se producen signos externos que revelan la ruptura de esa relación; por ejemplo, cuando el representante abandona de forma voluntaria el Grupo Parlamentario o Político que otorga relevancia jurídica institucional a su adscripción política.

Concluimos, pues, que el significado democrático de la prohibición de mandato imperativo presupone una concepción funcional de esa prohibición, que está al servicio de la representatividad, de la relación representativa entre los parlamentarios elegidos y el electorado que ha procedido a su elección. No se trata, por tanto, de una concepción patrimonial de la citada prohibición, como manifestación de la titularidad abstracta del escaño y que operaría en la relación de sustitución que existía entre el representante y la Nación, propia de una concepción liberal, pero no democrática. Es esta última, precisamente, la que define la conducta del tráfuga, quien como consecuencia de ese sentido patrimonial del cargo representativo incurre en una forma de deslealtad con los electores en el ejercicio de su función, distorsionando la representatividad que porta, fenómeno fácilmente identificable en términos jurídicos cuando el representante abandona de forma voluntaria el Grupo Parlamentario que otorga relevancia jurídica institucional a su adscripción política.