

Juan Antonio Montesinos García
VICEPRESIDENTE SEGUNDO EN LA III LEGISLATURA

LA PROPIEDAD DE LOS ESCAÑOS OBTENIDOS ELECTORALMENTE EN LISTAS CERRADAS

En España, donde la Ley electoral vigente obliga a votar listas cerradas, tanto para el Congreso de los Diputados, como en las elecciones autonómicas y municipales, se produce un gran rechazo social cuando un electo, ya sea al Congreso, como para los parlamentos autonómicos, o bien para los Ayuntamientos, toma la decisión de abandonar el Grupo constituido por los componentes de su partido o coalición, conservando el escaño y pasando a formar parte del Grupo mixto.

En una edición anterior de nuestra revista publiqué un trabajo en el que daba las ideas para que el diputado tráfuga no encontrara en el Grupo mixto el paraíso económico que en la actualidad es, y la posibilidad, incluso de, que gracias a los fondos que por la pertenencia al grupo mixto recibe, llegar a crear nuevos partidos que gozan de representación parlamentaria o municipal, sin haber concurrido a las elecciones correspondientes.

Esto lleva en algunos casos a crear agravios comparativos como los que en la pasada legislatura se dieron en las Cortes Valencianas y en muchos Ayuntamientos.

La constitución de un nuevo partido por personas que abandonaron las siglas por la que los electores les habían elevado a la condición de diputados, produjo la paradoja de que otros partidos que sí habían concurrido a las elecciones, quedaran fuera por no alcanzar el 5% preceptivo, por Ley que de los votos emitidos en la totalidad de la Comunidad, se han de obtener para alcanzar representación parlamentaria.

Esas actuaciones, absolutamente legales, pero de dudosa moralidad política, producen un efecto negativo en los ciudadanos. Es claro que cada cuatro años los ciudadanos, al ejercer su derecho al voto, tienen la oportunidad de hacer oír su voz en el régimen democrático que España

disfruta, pero no es menos cierto que los elegidos por el pueblo en listas cerradas, tienen hoy el derecho legal de conculcar la voluntad soberana del pueblo, en quien reside, por mandato Constitucional, la Soberanía de España.

El Tribunal Constitucional, basándose en el artículo 23.1 de la Constitución dice que «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».

Dice pues el alto Tribunal que dicho precepto consagra «el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de “representantes” libremente “elegidos”; lo cual evidencia a juicio del Tribunal Constitucional que “los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar, — y no de ninguna organización como el partido político— , y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores que la expresan a través de elecciones periódicas».

La Constitución Española establece en su artículo 6 que los partidos políticos ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la manifestación y formación de la voluntad popular y son un instrumento fundamental para la participación política.

Con relación a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional que dan la propiedad del escaño al representante elegido por el pueblo, existen votos particulares de miembros del propio Tribunal Constitucional que ponen en duda la prioridad de ese derecho de propiedad del representante electo.

Sería indigno por mi parte olvidar las consideraciones formuladas por el pleno del Constitucional en repetidas sentencias para, arrimando el ascua a mi sardina, en lenguaje popular, me dedicara a argumentar exclusivamente basándome en votos particulares contra las sentencias dictadas.

El sentido democrático que en nuestra Constitución (artículo 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de

expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que, pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, sólo se denominan representantes aquellos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

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 de 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.

El artículo 67.2 referido a los miembros de las Cortes Generales dice expresamente, «no estarán ligados por mandato imperativo».

El derecho que la Constitución (artículo 23.1) garantiza a todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados. Lo propio de la representación, de mandato imperativo, es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría de los actos de aquél.

En su segundo apartado, el artículo 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes. En lo que aquí importa, este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicas de cualquier género y no sólo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecua-

das, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza, y de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza. En el caso de los cargos y funciones públicas de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza se la representación violará también por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo.

Cuando esa violación se produce porque la regulación legal cuya aplicación origina el cese en el cargo lesiona el principio de igualdad o derechos fundamentales del propio representante como simple ciudadano, tal violación afectará también, sin duda, al cuerpo electoral, cuya voluntad representa, pero, a diferencia de lo que ocurre en el caso anteriormente estudiado, el daño que los ciudadanos, como representados, padezcan no es lesión de un derecho propio, sino reflejo de la vulneración de un derecho ajeno, pues el trato discriminatorio de que pueden ser objeto el representante o la perturbación que eventualmente sufra en el uso legítimo de sus derechos fundamentales y libertades públicas afecta en primer término a su propio ámbito protegido y sólo indirectamente, y en la medida en que lo desplace de su cargo o función, cuya naturaleza no ha sido desfigurada, a la situación jurídica de los representados.

Establecido lo que precede en cuanto al contenido de los derechos protegidos en el artículo 23 de la CE, es necesaria, todavía con carácter previo al análisis de la norma pretendidamente contraria a ellos, una somera reflexión sobre la naturaleza y la función que en materia electoral atribuye la Constitución a los partidos políticos.

Los partidos políticos son, como expresamente declara el artículo 6º, creaciones libres, producto como tales del ejercicio de la libertad de asociación que consagra el artículo 22. No son órganos del Estado, por lo que el poder que ejercen se legitima sólo en virtud de la libre aceptación de los Estatutos y, en consecuencia, solo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de una opción personal libre, forman parte del partido. La trascendencia política de sus funciones (concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular) y servir de cauce fundamental para la participación política no altera su naturaleza, aunque explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos.

En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo y Ley 39/1978, de 17 de julio) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas en las que, junto con el nombre de los candidatos, figura la denominación del partido que los propone. La decisión del elector es así producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso.

De acuerdo con la Constitución en su artículo 6: «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación popular y son instrumento fundamental de la participación política».

Considerados también los artículos 23, ya enunciado anteriormente, los artículos 68 y 69 que se refieren tanto al Congreso como al Senado y el artículo 70 en el que se habla de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de Diputados y Senadores sin olvidar el artículo 140 en el que se garantiza la autonomía municipal y concede a los concejales la misma representatividad que a los parlamentarios. Es inequívoco, sin embargo, que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado. El procedimiento legalmente establecido para la sustitución de candidatos antes de la proclamación de los electos y para cubrir las vacantes producidas en los órganos representativos puede quizás enturbiar para algunos esta evidencia, pero ese enturbamiento debe quedar disipado con la simple reflexión de que tal procedimiento es una consecuencia técnica del sistema proporcional, dentro del cual no cabe la celebración de elecciones parciales para cubrir una sola vacante y opera por ello con referencia a la lista propuesta a los electores, con independencia de que la propuesta haya sido presentada por un partido político, que preexiste y subsiste a la elección, o por una simple agrupación electoral que, en cuanto tal, desaparece con la celebración de aquélla.

Todo cuanto antecede conduce al Tribunal Constitucional, al analizar el artículo 11.7 de la Ley 39/1.978 desde el punto de vista de su constitucionalidad, a hacer las consideraciones siguientes:

El mencionado artículo 11.7 contiene, como es notorio, un grave error de dicción y está constituido a partir de una presunción implícita que, de no verificarse en la realidad, como es posible, aunque improbable, conduciría a un resultado absurdo. El error de dicción se da en el enuncia -

do del supuesto de hecho, pues, según resulta evidente del texto constitucional y de cuanto, de acuerdo con una doctrina prácticamente unánime, acabamos de exponer, las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge sólo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta. El uso del verbo «representar», aunque sin duda explicable por la amplitud de su contenido semántico, que incluye otras muchas aceptaciones, resulta perturbador en un contexto que gira en torno de sólo una de ellas, con la que dicho uso no se corresponde.

La presunción a que nos referíamos es la de que el partido político permanece siempre, pues, como es obvio, si éste desaparece, por disolución o cualquier otra causa, todos los candidatos por él propuestos dejarán simultáneamente de pertenecer a él y será imposible la sustitución que se pretende conseguir.

Estas imperfecciones técnicas, en si mismas irrelevantes desde el punto de vista de la legitimidad constitucional del precepto, son, sin embargo, expresión de una concepción reiteradamente explicitada; la de que es el partido y no los candidatos por él propuestos el que recibe el mandato de los electores y el que debe, por tanto, en caso de necesidad, sustituir con otros en el desempeño de los cargos representativos a aquellas personas que han perdido su confianza.

Esta concepción no concuerda con la que resulta de la Constitución, que antes glosábamos, y no puede, por tanto, ser aceptada. No bastaría, empero, esta discordancia entre la concepción que inspira el precepto y la que resulta de la Constitución para declarar válido dicho precepto si éste no se opusiera en todo o en parte a normas de la Constitución ni podría tampoco cualquier inconstitucionalidad así fundamentada ser tomada en consideración.

Considerando todo lo antedicho es claro que el Alto Tribunal Constitucional se pronuncie claramente por la propiedad de escaño en favor del representante elegido.

El hecho de que el representante sea elegido por pertenecer a una lista cerrada que es propuesta, por un partido, o por una coalición de partidos que además financian y apoyan la preceptiva campaña electoral no parece ser de suficiente peso.

Este hecho produce la frustración del votante que cree ha otorgado su representación a los militantes de una lista determinada a los que, probablemente, no conoce personalmente, pero que el considera sus representantes dada la pertenencia de los mismos a un partido o coalición. Cuando este representante, se sale de esa lista o grupo y pasa a jugar por libre, en su inmensa mayoría los ciudadanos se sienten estafados porque consideran que ellos no votaron la persona sino a la lista cerrada. Otra cosa bien distinta es el caso de los Senadores que sí son votados individualmente.

Tal vez por esto se producen en las Sentencias del T.C. votos particulares de magistrados que offician en contra de la teoría mayoritaria del Tribunal Constitucional.

En todo caso, entendemos que no puede ignorarse, ateniéndose al texto constitucional, para no referirnos nuevamente a la realidad política de la vigente democracia, el papel fundamental que tienen los partidos políticos para su funcionamiento y aún más para su permanencia.

Sin entrar en la discutida posición que los partidos políticos tienen en la democracia actual, parece claro, en todo caso, que, aun no siendo poderes públicos, tampoco pueden calificarse de simples organizaciones privadas y se sitúan en la zona gris entre lo público y lo privado, distinción esta última que no puede formularse en nuestros días de forma tajante. Quizá la forma menos polémica de calificar en lo que aquí interesa esa particular posición consiste en considerarlas como asociaciones que no siendo poderes públicos ejercen, sin embargo, funciones públicas, y ello no en virtud de una situación de hecho, sino porque expresamente lo dice el citado artículo 6º de la Constitución al afirmar entre otras cosas que son «instrumento fundamental para la participación política». Pero la forma en que se ejerce esa intervención “fundamental” está determinada por la Ley, en este caso precisamente la ley de las «funciones» públicas asignadas a los partidos por la Constitución derivan «mediatamente», a través de la Ley, de la voluntad popular.

Por eso y ante el dilema que plantea la doctrina del Tribunal Constitucional, frente a la opinión pública, cuyos derechos defiende el T.C., pero que se considera estafada en la utilización de su voto por parte de aquél que perteneciendo a una lista cerrada opta por el abandono de las siglas que le llevaron a la consecución del escaño y se pasa al célebre grupo mixto, quien esto escribe estima que pueden existir dentro de la actual Ley Electoral mediante modificaciones previas dos soluciones:

La primera sin duda sería la apertura de la lista en el sentido de que el elector pudiera suprimir los nombres que no le agradaran, o en quienes no confiara. Entonces el ciudadano al ejercer su derecho a votar además de hacerlo a unas siglas podría escoger su menú dentro de la candidatura presentada y la representación sería más inmediata dado que el votante al tomar personas dentro de la lista propuesta, estaría expresando personalmente sus preferencias con respecto a sus posibles representantes.

Otra forma pero no «a priori» como la anterior, sino «a posteriori» que ejercería un papel sancionador se podría conseguir ampliando las causas de inhabilitación que prevé la Ley Electoral. Se debería considerar como causa de inhabilitación futura para la concurrencia a nuevas elecciones si el representante hubiera incumplido con su permanencia en el grupo correspondiente a la lista cerrada en que en su día fue elegido, dado que como tan repetidas veces hemos dicho, la praxis nos demuestra que el ciudadano vota en su inmensa mayoría la lista que le proponen desde las siglas de su preferencia. Es frecuente oír expresiones como las de que «he votado a los míos con la nariz tapada porque hay personas en la lista a las que nunca votaría».

Para terminar y desde mi modesta opinión personal, en la actualidad y para el ciudadano de a pie, el representante elegido en una lista cerrada no es dueño de su escaño, ya que con frecuencia, resulta elegido siendo desconocido por quien le otorga su representación condicionada a las siglas bajo las que concurrió a las elecciones.

Quisiera recordar aquí también cuanto decía en mi trabajo anterior sobre el transfuguismo. Todo cuanto se haga para adecentar la imagen de los políticos es bueno para la democracia, por eso la supresión del derecho a adscribirse al grupo mixto después de constituirse las cámaras debe suprimirse así como las dotaciones económicas que reciben los que se fugan del grupo al que pertenecían en el momento de la constitución de esa cámara o parlamento. Insisto, para el ciudadano en general, las actuaciones de los políticos que, teóricamente les representan, para cambiar «a posteriori» la intención de su voto, por muy legales que sean, al manejar el escaño a su antojo, el ciudadano las ve como una nueva forma de corrupción.

Alicante, julio de 1999