



Pontificia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul



PONTIFICIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE PÓS- GRADUACIÓN EN DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

DAVID ALMAGRO CASTRO

**EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN  
ESPAÑA Y BRASIL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA**

PORTO ALEGRE

2014

DAVID ALMAGRO CASTRO

**EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN  
ESPAÑA Y BRASIL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA.**

Tesis Doctoral presentada al Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, de la Pontificia Universidade Católica de Rio Grande del Sur/ Universidad de Sevilla, como requisito parcial para la obtención del grado de Doctor en Derecho, área de concentración: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado/Constitución, Estado Autonómico y Protección de los Derechos Constitucionales.

Orientador: Prof. Dr. D. Ingo Wolfgang Sarlet.

Co-orientador: Prof. Dr. D. José María Morales Arroyo.

PORTO ALEGRE

2014

Almagro Castro, David

El Derecho fundamental de participación política en España y Brasil:  
una perspectiva comparada/David Almagro Castro. – Porto Alegre, 2014.  
683f.

Tesis (Doctorado en Derecho) – Facultad de Derecho, PUCRS/ Universidad de  
Orientación: Prof. Dr. D. Ingo W. Sarlet/Prof. Dr. D. José María Morales

Arroyo.

1. Derecho. 2. Derechos Fundamentales. 3. Derecho Constitucional. 4. Derechos  
políticos. I. Sarlet, Ingo Wolfgang.

DAVID ALMAGRO CASTRO

**EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN ESPAÑA Y  
BRASIL: UNA PERSPECTIVA COMPARADA**

Tesis Doctoral presentada al Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, de la Pontificia Universidade Católica de Rio Grande del Sur/ Universidad de Sevilla, como requisito parcial para la obtención del grado de Doctor en Derecho, área de concentración: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado/Constitución, Estado Autonómico y Protección de los Derechos Constitucionales.

Aprobada el: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Profesor Doctor Ingo Wolfgang Sarlet – PUCRS

---

Profesor Doctor Carlos Alberto Molinaro – PUCRS

---

Profesor Doctor Paulo Marcio da Cruz – UNIVALI

---

Profesor Doctor José María Morales Arroyo – US

---

Profesor Doctor Javier Pérez Royo – US

## DEDICATORIA

Sin duda alguna, llegar a esta parte es lo más placentero de esta Tesis. Uno solo debe encontrar, aun cuando no sea fácil, las palabras exactas que reflejen el torbellino de emociones que el doctorando ha sentido por quienes han sido apoyo incondicional y permanente en este largo y solitario viaje. Estas líneas, por tanto, no tienen otro propósito que el rendirles un sincero homenaje de cariño y gratitud que comienza por hacerles saber que, en mayor o menor medida, ellos son co-autores de esta Tesis.

Quiero comenzar por mis amigos, ese pequeño grupo de incondicionales que nunca pusieron en tela de juicio ninguna de mis decisiones y que, simple y llanamente, se limitaron a preguntarme en qué y cómo podían ayudar. Del lado español del Atlántico quisiera nombrar aquí a Cristóbal, Alejandro, Luis, Rufo y Félix. A este lado del charco, mi gratitud eterna a Rubén, Filipe, Luciano, Vitor y Enrique Díaz. Unos y otros han sido un apoyo más importante de lo que ellos mismos puedan pensar.

Quisiera continuar agradeciendo a mi familia hispano-brasileira las innúmeras muestras de amor, empatía, generosidad y paciencia demostradas. Mis padres y mi hermano no han hecho sino confirmar, por enésima vez, que nunca fallan cuando se trata de apoyarme en la consecución de mis metas. Lo mismo puedo decir de mi querida Feli. A ellos, mi amor y gratitud eternas. No menos importante ha sido el cariño, atención y dedicación mostrados por Carlos y Maoris, quienes se han acabado por convertir en unos padres adoptivos para mí. Junto con Colorinda y Rosana, crearon el ambiente idóneo para que los pesares de la Tesis no se hicieran más duros en la distancia.

Este es, quizás, el único momento complicado de la dedicatoria, el espacio y lugar en que quiero dejar registrado la inmensurable deuda de gratitud que siento hacia quien ha sido mi gran apoyo y referente en esta aventura: mi novia Bárbara. Sin tu amor, tu permanente escucha, tu obstinación y tu infinita paciencia para esperarme tengo la absoluta certeza que no hubiera llegado hasta el final. A ti, en primer y último lugar, te dedico este trabajo.

## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo de investigación es el resultado de un conjunto de circunstancias y avatares que, miradas con la perspectiva del tiempo pasado, siguen pareciéndome un juego de malabares con final feliz. No pocas han sido las incertidumbres y dificultades que ha habido que salvar en este periodo de cuatro años a caballo entre dos países, España y Brasil, y dos instituciones, la US y PUCRS. Y, obviamente, no podría haberlo hecho solo.

Antes de comenzar con los agradecimientos personales, considero de justicia agradecer el apoyo de la Agencia MAEC-AECID al concederme una de sus prestigiosas becas de investigación. Sin duda, el apoyo institucional y la financiación dadas por esta institución merecen ser dejados por escrito. Similar reconocimiento merece la Agencia CAPES y la propia PUCRS, quienes con su programa de becas me facilitaron la estabilidad financiera precisa.

Un agradecimiento especial merecen mis tutores D. José María Morales y D. Ingo Sarlet. A José María quisiera agradecerle su apoyo permanente iniciado ya en los tiempos del Máster, su vigilancia activa, su rigor intelectual y, no menos importante, su habilidad para digerir mi tendencia a la dispersión. Mi deuda de gratitud con mi director, D. Ingo Sarlet, es calificable de inmensa por varios motivos. Sin su confianza en mis antecedentes académicos, sin su sincera preocupación por mi adaptación a una institución como PUC y a las complejidades del programa de Doctorado y, sobre todo, sin el rigor mostrado en el seguimiento y mejora del contenido de mi Tesis, este proyecto que ahora termina hubiera tenido un resultado totalmente diferente. No quisiera dejar pasar la oportunidad de mostrar mi gratitud a D. Javier Pérez Royo, por haber aceptado el convite y cruzar el charco para formar parte de mi Tribunal de Tesis, y a D. Carlos Alberto Molinaro, por sus continuas visitas a mi sala de trabajo y sus sinceras palabras de ánimo.

No quisiera acabar sin agradecer su inestimable ayuda a mis queridas Caren Klinger y el gran Wagner Silva. Del otro lado del Atlántico, mi agradecimiento para el bibliotecario de la US Joaquín, siempre dispuesto a perder su tiempo ayudándome a encontrar los materiales de investigación.

## RESUMO

O direito fundamental de participação política é considerado motor da legitimação do exercício do poder no Estado Democrático de Direito. Sua adequada regulação constitucional e concreção legal contribui, em grande medida, para a legitimidade global do sistema democrático. Neste marco teórico primário inserem-se as vigentes cartas constitucionais da Espanha - CE 1978 e do Brasil - CF 1988, que formalmente instituíram democracias participativas. A prática democrática, não obstante, volta-se de maneira desproporcional para a representação política, o acarreta na redução do exercício da democracia direta e semidireta a um plano funcional marginal. Este desequilíbrio entre representação e participação é causa da atual crise de legitimidade que afeta ambos os sistemas políticos. Nesta linha de raciocínio, o objetivo principal da presente Tese é analisar a crise de legitimidade institucional e social que afeta o sistema político do Brasil e da Espanha. O trabalho organiza-se em cinco Capítulos estruturados seguindo a técnica analítica do direito comparado. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, jurisprudencial e legal que conformam o direito fundamental de participação política. Uma minuciosa análise do regime que diz respeito à estrutura e funcionamento interno dos principais agentes do modelo democrático instituído na CE 1978 e CF 1988 - os partidos políticos – possibilita que a discussão jurídico-constitucional se nutra de uma perspectiva inovadora e calcada em um olhar prático. Como resultado final, o trabalho propõe um conjunto de reformas legais para superar o atual panorama de crise institucional de ambos os sistemas políticos. Considera-se, entre outras questões, a imperiosa necessidade de executarem-se reformas legais que possibilitem: a) Reforçar a eficácia material do direito fundamental de participação política; b) Estabelecer um marco normativo que, com base no princípio de democracia interna, garanta a existência de procedimentos eletivos verdadeiramente democráticos no interior dos partidos. Adota-se, como perspectiva transversal, que um sistema democrático autenticamente participativo requer tanto um direito de participação política materialmente eficiente quanto uns partidos que promovam a participação nas suas estruturas eletivas e decisórias internas.

**Palavras-chave:** Cidadania. Democracia participativa. Participação política. Partidos políticos. Democracia interna.

## ABSTRACT

The fundamental right to political participation arises as the mechanism to legitimate the exercise of empowerment in a state governed by the Democratic Rule of Law. Appropriate constitutional regulation and legislative development appears to be *conditio sine qua non* for the practical exercise of popular sovereignty by citizens. Under this theoretical model, both the 1978 CE and the 1988 CF are included, besides being recognised as constitutional texts boosting participatory democracies. Practical democracy, however, is highly balanced towards political representation. The exercise of direct and semi-direct democracy – a factor never to be considered as secondary in a participatory democracy – is reduced to a residual functional sphere. This imbalance between representation and participation is a direct cause for today's crisis on legitimacy affecting both political systems. Under this thinking trend, our aim goal is to analyse the institutional crisis of legitimacy that affects both political system in Spain and Brazil. The current research is organized in five chapters, following the analytical method of comparative law. The technique used is highly composed by the bibliographical, jurisprudential and legal review conforming the fundamental right of political participation. Moreover, the exhaustive analyses of the internal structure and the functioning of the main actors of the democratic model established in both the CE 1978 and CF 1988 – the political parties – permits the constitutional discussion to endorse an innovative practical perspective. As a final result, this research proposes an extensive group of legal reforms allowing: a) The reinforcement of the material efficiency of the fundamental right of political participation; b) The establishment of a legal framework that, based on the internal democracy principle, makes possible the existence of truly democratic internal proceedings in political parties. It is understood, as a transversal point of view, that a truly participatory democratic system requires both a highly efficient fundamental right of political participation as well as a party model that promotes the participation of the members in the internal electives and decision-making structures.

**Key Words:** Citizenship. Participatory Democracy. Political Participation. Political Parties. Internal Democracy. 7



## INDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	17
<b>CAPITULO 1 DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.</b> .....	26
1.1 LA DEMOCRACIA: ¿UN CONCEPTO VERDADERAMENTE MILENARIO?: referencia histórica a la invención del término en la Grecia clásica. ....	27
1.2 LA DEMOCRACIA FORMAL: SER Y ¿DEBER SER? DE LA DEMOCRACIA. ....	33
<b>1.2.1 El “ser” de la democracia: el gobierno del pueblo.</b> .....	34
<b>1.2.2 <i>Mínimum</i> de la idea de democracia: la democracia social y la democracia política.</b> .....	39
<b>1.2.3 La democracia formal como punto de partida de la democracia sustancial.</b> .....	41
<b>1.2.4 La regla de la mayoría.</b> .....	44
1.3 LOS MODELOS CLÁSICOS DE DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA. ....	50
<b>1.3.1 La democracia representativa: orígenes y evolución conceptual.</b> .....	50
<b>1.3.2 La democracia liberal de finales del s. XVIII: el desarrollo del gobierno representativo.</b> .....	54
<b>1.3.3 La democracia directa: el resurgir en la edad moderna.</b> .....	57
1.4 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA MODERNIDAD: ORIGEN Y ALCANCE REAL. ....	60
1.5 PARTICIPACIÓN Y MODELOS DE DEMOCRACIA EN EL SIGLO XXI. ....	65
1.6 LOS LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN EN LA DEMOCRACIA ACTUAL. ....	73

<b><i>CAPÍTULO 2 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.</i></b> .....	85
2.1 EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.....	86
<b>2.1.1 Principio democrático y reforma constitucional: el modelo español.....</b>	89
<b>2.1.2 Principio democrático y reforma constitucional: el modelo brasileño.....</b>	93
2.2 LA PARTICIPACIÓN Y LOS VALORES SUPERIORES EN LA CE Y LA CF: EL PLURALISMO POLÍTICO. ....	111
<b>2.2.1 El pluralismo político en la CE 1978. ....</b>	111
<b>2.2.2 El pluralismo político en la CF 1988. ....</b>	117
2.2.2.1 Minorías y barreras electorales: una restricción ¿indebida? del pluralismo político. ....	120
2.3 LA PARTICIPACIÓN EN LA CE 1978: CONSIDERACIONES PRELIMINARES. ....	128
2.4 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CE 1978: EL ART. 23.1. ....	135
<b>2.4.1 El contenido general del derecho de participación política del art. 23.1 CE. ....</b>	136
<b>2.4.2 El contenido objetivo del derecho: la participación en los asuntos públicos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ....</b>	1412
<b>2.4.3 La crítica doctrinal a la labor hermenéutica del TC en la definición del concepto «asuntos públicos».....</b>	144
2.5 EL CONTENIDO SUBJETIVO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO UN DERECHO ¿EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES?.....	155
2.6 LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA. ....	162

2.7 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CF: EL ART. 14. ....	165
2.8 EL CONTENIDO SUBJETIVO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO UN DERECHO ¿EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES? Matices al modelo español .....	173
2.9 LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA. Particularidades del modelo brasileño. ....	176
<b><i>CAPÍTULO 3 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA CE 1978</i></b> .....	179
3.1 LAS MODALIDADES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL ART. 23.1CE. ....	181
<b>3.1.1 La opción por la democracia representativa en la CE 1978: notas generales.</b> .....	181
<b>3.1.2 La noción de cargo público representativo en la CE 1978: la construcción doctrinal y jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. ¿Una jurisprudencia inalterada?</b> .....	184
3.1.2.1 Un comienzo vacilante: la Sentencia 5/1983, de 4 de febrero. ....	187
3.1.2.2 La concreción de la noción de «cargo público representativo»: la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero. ....	191
3.1.2.3 Luces y sombras en el modelo vigente de representación política: el <i>realismo jurídico</i> de los partidos y el formalismo jurídico del TC. ....	196
3.2 UNA CONSECUENCIA COLATERAL ESPECIALMENTE CONFLICTIVA DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO»: EL TRANSFUGUISMO POLÍTICO. ....	209
3.3. UNA PROPUESTA EN FAVOR DEL FORTALECIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: LA APERTURA DE LAS LISTAS ELECTORALES. ....	224

3.4 LAS OPCIONES DE LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y DIRECTA: LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL REFERÉNDUM CONSULTIVO. 235

**3.4.1 La regulación normativa de la Iniciativa Legislativa Popular: un mecanismo de democracia participativa de discretísima funcionalidad..... 238**

3.4.1.1 La naturaleza de la ILP y su regulación constitucional: notas generales. .... 238

3.4.1.2 El desarrollo legislativo por la LO 3/1984: la conversión de la ILP en letra muerta. .... 242

3.4.1.3 La iniciación del procedimiento ante el Parlamento: la Comisión Promotora..... 244

3.4.1.4 Las múltiples causas de exclusión material e inadmisión procedimental: la disfuncionalidad material de la ILP está asegurada. .... 245

3.4.1.5 El juicio de admisibilidad. .... 251

3.4.1. 6 La recogida de firmas..... 252

3.4.1.7 La tramitación parlamentaria. .... 253

3.4.1.8 De la teoría a la práctica: la persistencia de los principales defectos en la reforma de la LO 4/2006. .... 256

3.4.1.9 Algunas propuestas de mejora del pulso vital de la ILP. .... 258

**3.4.2 El referéndum consultivo del art. 92 CE: un instituto de democracia directa de uso marginal..... 260**

3.4.2.1 Notas generales. .... 260

3.4.2.2 El referéndum en la CE 1978. .... 263

3.4.2.3 Características e *iter* procesal. .... 265

3.4.2.4 Las insuficiencias de la regulación legal en la LOMR 2/1980, de 18 de Enero. ... 270

3.5. EL ART. 23.2 CE: EL DERECHO A ACCEDER A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS. CONSIDERACIONES GENERALES, ELEGIBILIDAD E INELEGIBILIDADES: EN PARTICULAR, LA INELEGIBILIDAD DEL ART. 6.2B) LOREG..... 274

**3.5.1 El art. 23.2 CE: consideraciones generales. .... 274**

**3.5.2 El derecho del art. 23.2 CE, un derecho exclusivamente ciudadano. La exclusión de los partidos políticos..... 276**

<b>3.5.3 El contenido del derecho de acceso a los cargos públicos: la prohibición de la discriminación.</b> .....	278
<b>3.5.4 Las condiciones de elegibilidad: el acceso a los cargos públicos.</b> .....	280
<b>3.5.5 La inelegibilidad como restricción del derecho de sufragio pasivo: aspectos generales.</b> .....	283
<b>3.5.6 Un supuesto especialmente polémico de inelegibilidad: el art. 6.2 b) LOREG y las dudas sobre su constitucionalidad.</b> .....	290
<b>3.6 LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y RESTITUCIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: EL ART. 53.2 CE Y 19H), 21, 108, 109 Y SS LOREG.</b> .....	295
<b>3.6.1 Las garantías jurisdiccionales del art. 53.2 CE: el amparo judicial y el recurso de amparo constitucional. Notas generales.</b> .....	295
<b>3.6.2 Las garantías orgánicas y jurisdiccionales del derecho de sufragio activo.</b> .....	297
3.6.2.1 Las garantías orgánicas: la Administración Electoral y sus órganos. ....	297
3.6.2.2 Las garantías jurisdiccionales: el amparo judicial y el recurso de amparo constitucional. ....	301
3.6.2.3 El amparo judicial preferente y sumario del art. 53.2 CE. ....	303
3.6.2.4 El art. 53.2 CE <i>in fine</i> : el recurso de amparo constitucional. ....	305
<b>3.7 LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES ESPECÍFICAS DEL ART. 23.2 CE: CONSIDERACIONES GENERALES.</b> .....	312
<b>3.7.1 El recurso contencioso-electoral de los arts. 49 y 109 y ss LOREG: notas generales.</b> .....	313
<b>3.7.2 La última vía de protección jurisdiccional del proceso electoral: el recurso de amparo electoral. Notas generales.</b> .....	317
<b>3.7.3 El recurso de amparo electoral sobre proclamación de candidaturas y candidatos del art. 49.3 LOREG.</b> .....	319
<b>3.7.4 El recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos: el art. 114.2 LOREG.</b> .....	324
<b><i>CAPÍTULO 4 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA CF 1988</i></b> .....	327

4.1 LAS MODALIDADES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL ART. 14 CF: notas generales.....	327
4.2. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LA CF 1988: notas introductorias. .....	335
<b>4. 2. 1 Representación política y afiliación partidaria. La imposibilidad de acceder a los cargos públicos representativos por vías alternativas a los partidos del art. 14, § 3º, V CF.</b> .....	336
<b>4.2.2 Representación política, fidelidad y disciplina partidaria. La titularidad del mandato del art. 17, § 1, 44 y 55 CF.</b> .....	340
4.3 REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y LISTAS ELECTORALES: el modelo brasileño. ....	356
4.4. LAS OPCIONES DE LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y DIRECTA: EL PLEBISCITO, EL REFERENDO Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR DEL ART. 14. ....	362
<b>4.4.1 El Plebiscito en la CF y la Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998.</b> .....	365
<b>4.4.2 El referendo en la CF y la Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998.</b> .....	373
<b>4.4.3 La democracia semidirecta en la CF y la Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998: la iniciativa popular.</b> .....	379
4.5. EL ART. 14 CF: EL DERECHO A ACCEDER A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS. CONSIDERACIONES GENERALES, ELEGIBILIDAD E INELEGIBILIDADES. EN PARTICULAR, LA INELEGIBILIDAD DEL ART. § 9 y la lei complementar 135/10, de 4 de junho, “a lei da ficha limpa”. ....	386
<b>4.5.1 Consideraciones generales.</b> .....	386
<b>4.5.2 Las condiciones de elegibilidad del art. 14, § 3 CF</b> .....	390
<b>4.5.3 La inelegibilidad como restricción del derecho de sufragio pasivo: aspectos generales.</b> .....	398
<b>4.5.4 Las causas de inelegibilidad en la CF: art. 14, § 4 a 8º.</b> .....	401
<b>4.5.5 Otros supuestos de inelegibilidad: el mandato constitucional del § 9 del art. 14 CF y la Lei Complementar nº 64/90.</b> .....	410

4. 5. 5. 1 Consideraciones generales.....	410
4.6 LA LC 135/2010: UN NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE INELEGIBILIDAD.....	414
<b>4.6.1 Notas generales.....</b>	<b>414</b>
<b>4.6.2 Las principales novedades introducidas por la LC 135/2010: la reconfiguración de la naturaleza de la inelegibilidad y la preponderancia de la moralidad y probidad administrativa sobre la presunción de inocencia.....</b>	<b>415</b>
4.6.2.1 El art. 1º, I, e) de la <i>lei da ficha limpa</i> : reinterpretando los principios cardinales en materia de inelegibilidad.....	416
4.6.2.2 Otras novedades materiales y procesales de la LC 135/2010.....	430
4.6.2.3 Balance global de la LC 135/2010: una ley muy necesaria para el fortalecimiento de la democracia.....	432
4.7 LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y RESTITUCIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: La Justiça Eleitoral y las acciones y Recursos electorales.....	436
<b>4.7.1. Las garantías orgánicas del derecho de sufragio: la Justiça Eleitoral. ....</b>	<b>436</b>
4. 7.1.1 Notas generales.....	436
4.7.1.2 La Justiça Eleitoral en la CF 1988 y demás leyes.....	440
<b>4.7.2 Las garantías jurisdiccionales: las acciones y recursos electorales. ....</b>	<b>448</b>
4.7.2.1. Notas generales.....	448
4.7.2.2 La <i>Ação de Investigação de Registro de Candidatura</i> : naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.....	449
4.7.2.3 La <i>Ação de Investigação Judicial Eleitoral</i> : naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.....	453
4.7.2.4 El <i>Recurso contra expedição do diploma</i> (RCED): naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.....	457
4.7.2.5 La <i>Ação de Impugnação de Mandato Eletivo</i> : naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.....	460

<b>CAPÍTULO 5 EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y BRASIL: LA DEMOCRACIA INTERNA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS PARTIDOS.</b> .....	464
5.1 LOS PARTIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: de la negación liberal al reconocimiento constitucional en la CE 1978. ....	465
<b>5.1.1 Los partidos en el liberalismo español: el rechazo doctrinal y el silencio constitucional.</b> .....	467
<b>5.1.2. Los partidos en la Restauración Monárquica y la dictadura de Primo de Rivera.</b> .....	469
<b>5.1.3 Los partidos en la II República: el incipiente pluralismo político.</b> .....	471
<b>5.1.4 Los partidos en la dictadura franquista y la Transición: de la prohibición total al protagonismo reformista.</b> .....	473
5.2 LOS PARTIDOS EN LA CE 1978: RECONOCIMIENTO Y FUNCIONES.....	476
<b>5.2.1 Los debates constituyentes: del artículo 4 del anteproyecto al artículo 6 CE.</b> .....	477
<b>5.2.2 El art. 6 CE 1978: las funciones de los partidos y la democracia interna.</b> 483	
5.3 LA DEMOCRACIA INTERNA EN LA CE 1978 Y LA LEY ORGÁNICA 06/02, DE 27 DE JUNIO, DE PARTIDOS POLÍTICOS (LOPP). ....	493
<b>5.3.1 La aparición de la democracia interna en la sociología política: una breve introducción.</b> .....	493
<b>5.3.2 La difícil cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos y la democracia interna.</b> .....	499
<b>5.3.3 La libertad de creación de los partidos y sus límites: el respeto a la Constitución y a la ley del art. 6 CE y su concreción legal en la LOPP.</b> .....	509
<b>5.3.4 Los arts. 6 y 9.1 LOPP: ¿hacia un concepto de democracia militante? ....</b>	519
5.3.4.1 El art. 9 LOPP: la reapertura del debate democracia abierta vs democracia militante. ....	524
5.4 LA ESTRUCTURA INTERNA Y EL FUNCIONAMIENTO DEMOCRÁTICOS EN LA LOPP.....	539



<b>5.4.1 Los antecedentes de la democracia interna: breves notas sobre la ley 54/78 y la nueva LOPP.....</b>	<b>539</b>
<b>5.4.2 La organización y funcionamiento interno democrático: el art. 7 LOPP.</b>	<b>544</b>
<b>5.4.3 El estatuto del afiliado: los derechos de participación del art. 8 LOPP....</b>	<b>556</b>
<b>5.5. MECANISMOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS AFILIADOS EN LA LOPP: los procedimientos sancionatorios internos y la expulsión de los afiliados. ....</b>	<b>561</b>
<b>5.6 LOS PARTIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO: del Imperio a la CF 1.988. Breves notas históricas.....</b>	<b>572</b>
<b>5.6.1 Los partidos en la CF 1988: libertades y límites a la creación de partidos. ....</b>	<b>580</b>
<b>5.6.2. La garantía constitucional de libertad y autonomía interna del art. 17, § 1 CF.....</b>	<b>587</b>
<b>5.6.3. La democracia interna en la CF 1988 y la lei 9.096/95: el silencio constitucional y legal. ....</b>	<b>590</b>
5.6.3.1 La opción del constituyente en favor de la libertad de acción, organización y estructura interna.....	590
5.6.3.2 La democracia interna en la actual LPP: una propuesta de reforma. ....	592
<b>5.6.4. Las garantías jurisdiccionales en favor de los derechos de los afiliados: los procedimientos sancionatorios y de expulsión.....</b>	<b>599</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>606</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>630</b>

## INTRODUCCIÓN

España y Brasil son Estados democráticos de derecho institucionalmente estables. El país de la piel de toro, tras una dictadura rayana en los 40 años, ha consolidado un modelo de democracia representativa que va camino de cumplir su cuadragésimo aniversario. *O país tropical*, tras 21 años de gobierno dictatorial, avanza hacia la tercera década de gobierno democrático. El escenario del pasado siglo XX, protagonizado por las frecuentes interrupciones que hubo de afrontar el gobierno democrático en ambos países, puede considerarse felizmente superado.

La redemocratización de finales de los años setenta en España y mediados de los ochenta en Brasil fue conducida principalmente por unos partidos que, tras décadas de ostracismo institucional, recuperaron para sí el liderazgo en la voladura de los gobiernos autoritarios y la creación, articulación y consolidación del nuevo ordenamiento democrático. Los resultados fueron las Constituciones española de 1978 (en adelante, CE 1978) y la Constitución Federal de 1988 (en adelante, CF 1988), cartas democráticas que han posibilitado una estabilidad jurídico-política sin precedentes.

La juridificación de la democracia en ambas Constituciones hace de la participación política principio y derecho fundamental. Los poderes públicos, particularmente el legislador democrático, tienen la obligación de garantizar y promocionar la participación ciudadana en los asuntos públicos. La ciudadanía, soberana suprema del poder político, es titular de un derecho de participación que le posibilita intervenir en los asuntos comunitarios de dos formas diferentes y complementarias: a través de representantes políticos o bien directamente. El adecuado equilibrio entre la participación representativa y directa, sustentado por un amplio conjunto de garantías jurisdiccionales, es el primer pilar sobre el que se sostiene el edificio democrático.

El otro eje de la democracia española y brasileña son los partidos políticos. La pluralidad de funciones otorgadas por el legislador constituyente los convierte en agentes centrales del sistema político. Protagonistas principales del proceso electoral y la representación política, su influencia se extiende igualmente a la iniciativa y el ejercicio por la ciudadanía de los mecanismos jurídicos de participación directa y semidirecta. Dicho en otros términos: de ellos depende, en primera instancia, la

concreción de un modelo democrático eminentemente representativo o escorado hacia la participación real e influyente de la ciudadanía.

Los principios fundamentales que rigen su funcionamiento son la libertad de creación y un amplio grado de autonomía en su organización y funcionamiento interno. Este conjunto principiológico los hace acreedores de un régimen jurídico privilegiado que se traduce en la imposibilidad de sufrir intromisiones desproporcionadas por parte de los poderes públicos. Las funciones que los partidos desempeñan justifican la introducción en sede constitucional del principio de democracia interna, contrapeso del derecho de autoorganización interno y garantía para que los partidos puedan desarrollar aquéllas correctamente. Unos partidos reconocidamente democráticos en su interior garantizarán la vigencia del derecho de participación política de los ciudadanos y, por extensión, la legitimidad en origen y resultado del proceso representativo.

El derecho fundamental de participación política y el principio de democracia interna son las dos caras de un modelo de democracia participativa como el formalmente instituido en la CE 1978. El legislador constituyente brasileño optó por no incorporar el principio de democracia interna en la CF 1988. Un silencio que se reproduce en la *lei dos partidos políticos*. La participación política representativa se materializa a través del derecho de sufragio representativo. Su función principal es posibilitar que el Cuerpo Electoral elija libremente a los representantes que ejercerán la función representativa.

La participación directa y semidirecta, ejercida mediante el derecho de sufragio directo, ha de posibilitar la interacción decisoria de la ciudadanía con las instituciones en aquellas cuestiones centrales de la convivencia democrática. Permite igualmente ejercer un control directo y puntual de la labor representativa sin tener que esperar al periodo electoral. La adecuada regulación de una y otra vertiente hace del derecho fundamental de participación un derecho materialmente eficaz.

La democracia interna es un conjunto de normas y garantías que sirven de contrapeso al principio de libertad y autoorganización interna de los partidos. Se sustancia en la atribución a los afiliados de un conjunto de derechos y garantías jurisdiccionales que les permitan participar en la toma de decisiones y en los procesos de elección internos con igualdad de oportunidades. Los partidos inician en su interior

el proceso de representación política mediante la selección de los candidatos que concurrirán al proceso electoral. Su mayor o menor democraticidad incide directamente en la vigencia real del derecho de sufragio pasivo. Cierra el círculo de la democracia interna la existencia de unos derechos que permitan a la militancia controlar periódicamente la labor de los dirigentes partidarios.

Dicho en otros términos: la correcta configuración del *quién, cómo y por quien* se realiza la elección de las candidaturas electorales de los partidos es un elemento imprescindible dentro del sistema que el ordenamiento jurídico arbitra para el correcto ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo. La cristalización de este marco posibilita el que la democracia representativa sea articulada por unos partidos de acuerdo a su condición de cooperadores necesarios y ejercida por sus protagonistas principales: afiliados, ciudadanos, y representantes.

La coherencia entre la significación de los principios fundamentales del ordenamiento aquí citados y las normas jurídicas de desarrollo permite calificar a una democracia de participativa. Los principios han de cristalizar en un conjunto normativo que posibilite la participación eficiente de la ciudadanía en el sistema político. Una afirmación que no puede sostenerse sin significantes reparos en el caso de las CE 1978 y CF 1988. Ni la regulación constitucional, ni el desarrollo legal del derecho de participación política permiten calificar a los sistemas democráticos español y brasileños como auténticamente participativos. Una situación con repercusión directa en la crisis del sistema político.

El otro gran protagonista de la crisis *en* la democracia son los partidos políticos. De ser instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado han pasado a ser protagonistas absolutos del juego político, hasta el punto de ser calificados por parte de la doctrina como los modernos Príncipes en el Estado de partidos. No hay duda que en el marco legal actual son el canal principal del que depende la vigencia real del derecho de participación política. De entre las múltiples funciones que desempeñan destaca, con nombre propio, la selección de los candidatos que concurrirán a los cargos representativos. En un mundo no tan ideal como parte de la doctrina manifiesta, los afiliados deberían poder competir internamente en igualdad de condiciones, es decir, con todas las garantías propias de un proceso electoral interno reconocidamente democrático. La realidad, considerada por otros tantos como difícilmente alterable, es

bien diferente: los derechos de participación de los afiliados sufren una regulación jurídica excesivamente generalista y vaga, abonando con ello el terreno para la conversión de los procesos electivos internos en espacios ajenos a la participación y control de la militancia.

La presente Tesis Doctoral encuentra dos órdenes de justificación complementarios: a) la realización de un análisis comparado del derecho fundamental de participación política en los ordenamientos jurídicos español y brasileño; b) la distorsión que el régimen jurídico vigente en materia de partidos tiene en la eficacia material de tal derecho. El propósito final es la proposición de un conjunto de reformas constitucionales y legales que contribuyan al perfeccionamiento de los sistemas políticos democráticos español y brasileño.

Este trabajo de investigación se enmarca en dos líneas de investigación complementarias: el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla □ *Constitución, Estado Autonomico y Protección de los Derechos Constitucionales* □ y el Programa de Doctorado en Derecho de PUCRS □ *Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado* □. La opción metodológica de la perspectiva comparada se justifica no solo en el análisis de las similitudes y diferencias sino, y principalmente, en la posibilidad de trasladar determinados institutos jurídicos que, en función de los resultados analíticos y documentales obtenidos, supongan una mejora efectiva del estado de la doctrina en materia de participación política y partidos políticos en uno y otro ordenamiento.

El problema central que se plantea en la Tesis Doctoral es la crisis *en* el sistema democrático en España y Brasil motivada, en lo que aquí interesa destacar, por el efecto combinado de: a) La manifiesta ineficacia material del derecho de participación política en ambos ordenamientos; b) La deficiente regulación legal en materia de democracia interna en el derecho español y su total ausencia en el ordenamiento brasileño.

Las hipótesis consideradas en la presente investigación afectan a uno y otro ordenamiento jurídico. Comenzando por España, la crisis de legitimidad *en* la democracia representativa obedece a dos causas interrelacionadas: la ineficacia material del derecho de sufragio activo – representativo y directo – provocada respectivamente:

a) Por la mutación del mandato representativo del art. 67.2 CE en un pseudo mandato de partido; b) La restricción material y procedimental, que cabría calificar *ab absurdum*, de los mecanismos de participación política directa y semidirecta (1). La ineficacia del derecho de sufragio activo se ve agravada por un sistema electoral vigente de listas electorales cerradas y bloqueadas obstinadamente mantenido en la LOREG que acaba por reducir su contenido a un mero “voto de opción”. El bien jurídico principal garantizado por tal derecho, la libertad política del elector, acaba por difuminarse y pasar a manos de las cúpulas dirigentes de los partidos, quienes realizan la selección real de los candidatos electorales sin escrutinio público alguno (2).

En cuanto a la democracia representativa brasileña, la crisis de legitimidad se debe, en el ámbito del presente estudio, a dos factores que guardan relación directa con la eficacia del derecho de sufragio activo y pasivo: a) La inexistencia de un régimen jurídico que logre encauzar un modelo de representación política gravemente distorsionado por una alarmante tasa de infidelidad partidista; b) La ineficacia material de los mecanismos de participación directa y semidirecta establecidos en la CF; c) La insuficiencia de la LC 64/90 – corregida gracias a la LC 135/2010 – en el combate a la corrupción electoral y política (3). Por último, la crisis *en* el sistema representativo que afecta a ambos países encuentra otro hilo conductor en el insuficiente grado de democratización interna de los partidos políticos (4). Las situaciones son susceptibles de matización: mientras en España el problema es una legislación deficiente, en Brasil lo es la total ausencia de un marco legal mínimamente garantista.

En esta línea analítica, el objetivo principal es investigar el diseño constitucional y desarrollo legislativo del derecho de participación política en las CE 1978 y CF 1988 y las distorsiones provocadas en su eficacia material por el vigente régimen jurídico de los partidos políticos. Los objetivos específicos son los siguientes: 1) Definir la relación – instrumental o nuclear – entre democracia y participación en los diversos modelos democráticos; 2) Analizar el contenido y límites de los principios fundamentales sobre los cuales se construye el derecho fundamental de participación política: el principio democrático, de soberanía popular y el pluralismo político; 3) Reforzar la eficacia del derecho de sufragio representativo mediante la reforma de la LOREG en favor del sistema de listas abiertas; 4) Verificar la ineficacia material del derecho de participación directa en los ordenamientos español y brasileño y,

consecuentemente, demostrar la urgente necesidad de acometer reformas constitucionales y legales para hacer de aquél un derecho materialmente eficaz; 5) Investigar, desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, la constitucionalidad de las reformas introducidas en la *lei da ficha limpa* como mecanismo de corrección de las inadmisibles tasas de corrupción electoral y política en las instituciones representativas; 6) Demostrar que el marco normativo vigente en materia de democracia interna en los partidos españoles y brasileño dificulta la vigencia real del derecho de participación política.

Para lograr los objetivos descritos *ut supra*, la Tesis Doctoral se estructura en cinco Capítulos que discurren siguiendo la lógica de la perspectiva comparada. El Capítulo I propone un análisis teórico de los conceptos democracia y participación. Este propósito se inicia con un sucinto estudio crítico sobre el origen y las limitaciones de la democracia directa en la Grecia del siglo V a.C. No son infrecuentes las alusiones románticas sobre el pasado gloriosamente democrático de los antiguos griegos que precisa, por su potencial distorsivo, ser correctamente contextualizado. La exposición continúa con un análisis descriptivo de los diferentes elementos que componen la democracia procedimental y sus limitaciones a la hora de definir un sistema de gobierno como democrático. El desenlace de este capítulo introductorio busca, partiendo del origen y evolución histórica de la participación política, definir la posición – sea como principio, sea como derecho y/o valor *metajurídico* – que ésta tiene en los diferentes modelos de democracia con que politólogos y juristas vienen trabajando.

El Capítulo II entra en materia propiamente constitucional. La participación política es proyección material de principios y valores fundamentales como el democrático, de soberanía popular y el pluralismo político. La primera parte de este capítulo propone un análisis comparativo del contenido y límites que tales principios tienen en la categorización conceptual de los modelos democráticos español y brasileño. El interés de este análisis recae en conocer el procedimiento y los límites a la reforma constitucional en uno y otro ordenamiento. Un procedimiento que, ha de recordarse, afecta de lleno a categorías nucleares a la democracia como los derechos fundamentales.

El elemento central del Capítulo II es el análisis jurídico del contenido objetivo y subjetivo del derecho de participación política en ambos ordenamientos. La propuesta comienza con un análisis crítico, sobre la base de la sólida doctrina española, de las

limitaciones en la construcción jurisprudencial del contenido objetivo del derecho de participación política del art. 23 CE. Un enfoque similar se propone en relación a los artículos 14-16 CF sobre la base del trabajo doctrinal y ante la ausencia de una jurisprudencia sólida.

La parte final de este Capítulo II se centra en verificar el grado de adecuación del contenido subjetivo del derecho de participación política en su regulación vigente teniendo en cuenta las profundas transformaciones sociológicas producidas en el Estado nacional en las últimas décadas. La regla general – con las excepciones que se verán – de la exclusión de los extranjeros como titulares de derechos de participación política no resulta hoy día compatible con una idea de democracia inclusiva.

Los Capítulos III y IV continúan la línea crítica seguida hasta el momento. El objetivo principal que se persigue es el análisis de las causas y, llegado el momento, el planteamiento de reformas que contribuyan a la superación de la crisis de representación que afectan a los modelos democráticos español y brasileño desde la perspectiva del refuerzo de la eficacia material del derecho de participación política. El Capítulo III gravita, en su primera parte, sobre el modelo de representación política establecido por la CE 1978. No cabe duda que, junto a un diseño constitucional técnicamente mejorable, determinadas decisiones de política legislativa y la pasividad de los operadores jurídicos para su reforma se encuentran en la base de la crisis que afecta al sistema. El art. 23.1 CE contempla igualmente la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. La crítica del diseño constitucional y desarrollo legal de los diferentes instrumentos de participación – iniciativa legislativa popular y referéndum más el plebiscito en el caso brasileño – permitirá valorar cuan participativas son, más allá de proclamaciones formales, las democracias española y brasileña.

El derecho de sufragio pasivo del art. 23.2 CE cierra el círculo de la participación ciudadana en las instituciones representativas. La concreción del contenido y las garantías jurídicas que rodean a este derecho – el consabido *ius ad officium* e *ius in officium* – es parte esencial de este capítulo. Cierra este segundo bloque un análisis crítico sobre las restricciones establecidas, las causas de inelegibilidad, en el cuerpo de la LOREG y la proporcionalidad de las mismas. Pone fin al mismo la descripción de los mecanismos de garantía jurisdiccionales que completan el régimen jurídico del derecho de participación política.



El Capítulo IV comparte identidad de objetivo en su primera parte con el anterior: el análisis del modelo de representación política establecido en la CF, su desarrollo legislativo y las posibles soluciones que, desde la perspectiva del derecho de participación representativo, puedan paliar la crisis de representatividad. Es de especial interés, en este punto, detenernos en las alteraciones y consecuencias producidas por la reciente jurisprudencia del *Tribunal Superior Eleitoral* y el *Supremo Tribunal Federal* (en adelante, TSE y STF respectivamente) que otorgan la titularidad del mandato al partido.

El segundo bloque analítico y propositivo se centra en determinar el grado de eficacia material del derecho de participación política directa. La metodología utilizada – el recurso al Derecho comparado español y latinoamericano – tiene el propósito de incorporar reformas que reduzcan la grave desnaturalización que la regulación vigente imprime a este derecho. El último bloque, de carácter principalmente descriptivo, está dedicado a los mecanismos de garantía jurisdiccionales del derecho de participación política.

El Capítulo final, el V, tiene por protagonista a los partidos políticos. Puede afirmarse, sin miedo a equívocos, que son canal de participación privilegiado y garantía primaria de la vigencia del derecho de participación política. La comprensión y superación de la crisis de representación exige, en consecuencia, analizar el régimen jurídico vigente de los partidos políticos españoles y brasileños. No debe olvidarse que el origen de la representación política se da en su interior a través de los procesos de selección interno de los futuros candidatos electorales. Por tanto, sin unos partidos reconocidamente democráticos, que garanticen los derechos de participación y control de los afiliados en la conformación de las listas electorales y sobre la labor de los dirigentes respectivamente, no cabe hablar de representación política legítimamente democrática.

La propuesta gira, en el caso español, en el análisis del grado de cristalización del mandato de democracia interna del art. 6 CE en la Ley Orgánica de los Partidos Políticos (en adelante, LOPP). Trasladándonos al ordenamiento brasileño, la situación de partida es aun más acuciante: el principio de democracia interna no ha sido incorporado al texto constitucional. La *lei 9.096*, conocida como la *lei dos partidos políticos*, replica el silencio constitucional en esta cuestión. La democracia interna es

entendida por el conjunto de los operadores jurídicos como una cuestión *interna corporis* en la que los partidos disponen de una amplísima libertad de configuración en los Estatutos. Una y otra situación resulta manifiestamente incompatible con una democracia que afirma ser participativa.

La técnica utilizada en la presente Tesis Doctoral es la observación y análisis documental basado en la bibliografía existente de carácter jurídico, político y en menor medida sociológico. En el Capítulo de los partidos políticos, el V, se ha llevado a cabo un análisis documental de los Estatutos de los dos principales partidos brasileños – el Partido de los Trabajadores (en adelante, PT) y el Partido Social Democrático Brasileño (en adelante, PSDB) – ante la inexistencia de un marco legal mínimamente garantista. El análisis en perspectiva comparada encuentra justificación ante la posibilidad de trasladar a los ordenamientos respectivos aquellos institutos jurídicos cuya experiencia empírica contribuya a mejorar el estado de la doctrina.

Quiere cerrarse esta introducción afirmando que la presente investigación pretende aportar una visión integral sobre el conjunto de institutos y garantías que dan forma e inciden en la eficacia material del derecho de participación política. Este análisis sería incompleto sin analizar la repercusión que la estructura y funcionamiento interno de los partidos tienen en la vigencia real del citado derecho. La superación de la crisis de representación política y la apertura del sistema precisaría, en el ámbito de este estudio, de la toma de dos medidas complementarias. En primer lugar, reformular el contenido material del derecho de participación política desde la Constitución y la ley. En segundo lugar, impulsar desde la ley, y la Constitución en el caso brasileño, la democratización interna de los partidos. La conjunción de ambas medidas supondrá una contribución a la improrrogable redistribución del poder político entre la ciudadanía y los partidos políticos y de acuerdo a los modelos democráticos participativos formalmente establecidos en las CE 1978 y CF 1988.

## ***CAPITULO 1 DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO.***

El presente Capítulo, el primero de los que componen esta Tesis Doctoral, aporta un análisis teórico exhaustivo sobre los conceptos de democracia y participación. El estudio de las relaciones – tan simbióticas como tensas – entre ambos conceptos se abre con un breve viaje en el tiempo en busca de los orígenes de la idea de democracia. Iniciar un trabajo como el presente en clave histórica puede generar extrañeza y una sensación de monotonía a simple vista. Tal recurso se justifica, no obstante, cuando de la lectura de las múltiples fuentes jurídicas e históricas existentes se constata que parte de la doctrina sigue incurriendo en determinados errores y distorsiones sobre el contenido y límites de la democracia y la participación en la antigua Grecia. Hoy día, no pocos autores siguen analizando aquél tiempo con una mirada más romántica que científica cuya veracidad conviene redefinir.

El segundo de los propósitos de este capítulo entra de lleno en el análisis conceptual de la democracia. El punto de partida es tan claro como necesario: la democracia es, ante todo, un procedimiento para la creación de normas jurídicas que regulen la convivencia social. La propuesta analítica que aquí se realiza busca poner en entredicho la suficiencia de este modelo democrático. En este punto, se examina con especial interés el concepto central que hace posible la democracia procedimental: la regla de la mayoría y sus posibles insuficiencias. Cierra este segundo bloque la yuxtaposición de este modelo con una idea de democracia superior para una amplia parte de la doctrina: la democracia sustancial

El tercer y último bloque parte de un enfoque histórico sobre la participación política en la teoría democrática. Los modelos democráticos clásicos, con origen en la Modernidad, son dos: la democracia representativa y la directa. La participación política obedecía a motivaciones y resultados diferentes. Las insuficiencias y excesos, comprobados empíricamente en ambos modelos, exigen la proposición de una tercera vía que permita superar sus insuficiencias y antagonismos. Nos referimos a la democracia participativa. En ella, como se verá, la participación no se limita a la selección de un grupo de representantes periódicamente como en la democracia

representativa ni pretende la sustitución lisa y llana de aquéllos como en la directa. Su objeto es hacer de la participación continuada y decisoria de la ciudadanía en las instituciones – a través del derecho de participación política – el eje del sistema político.

### 1.1 LA DEMOCRACIA: ¿UN CONCEPTO VERDADERAMENTE MILENARIO?: referencia histórica a la invención del término en la Grecia clásica.

La democracia es, casi con toda seguridad, el concepto que a lo largo de su “*milenaria presencia*” en el mundo de las ideas políticas ha experimentado mayores transformaciones en su perfil ontológico y axiológico, alcanzando en consecuencia desiguales grados de entendimiento y realización<sup>1</sup>. En su incesante e inabarcable estudio ha sido objeto de diversos entendimientos formal y sustancial influenciados por múltiples factores históricos, sociales, jurídicos y políticos<sup>2</sup>. La suma de los diversos acontecimientos históricos y sociales y factores político-jurídicos la convierten en un término que se presta fácilmente a la idealización y deformación. Partiendo de su naturaleza poliédrica, es posible reconocer en ella un *mínimum* que evite incurrir en errores semánticos.

Al hablar de mínimos y máximos reales e ideales se evidencia que la democracia es un concepto refractario a su cierre técnico<sup>3</sup>. Y posiblemente ha de ser así. Mouffe alude a su carácter inacabado y frágil. En opinión de la autora, no debe considerarse el régimen democrático como algo natural y evidente. Ni tan siquiera como

---

<sup>1</sup> En este sentido, Przeworski y Sánchez-Cuenca (2012, p.15) afirman lo siguiente: “Cuando observamos la historia mundial desde la distancia, con una perspectiva de siglos, la democracia es poco más que una minúscula presencia en un vasto paisaje dominado por la opresión. Durante la mayor parte del tiempo, el orden político se ha mantenido mediante la fuerza. La democracia, incluso entendida en un sentido minimalista como la celebración de elecciones libres en las que los perdedores aceptan el veredicto de las urnas, es casi un milagro histórico, un resultado contingente fruto de consecuencias y acciones muy diversas. Las vías a la democracia son múltiples y muchos países que entraron en su momento en esas vías se quedaron atascados o incluso descarrilaron, adoptando nuevas formas de autoritarismo”.

<sup>2</sup> “[...] examinado a fondo el desarrollo de la democracia, partiéndose del concepto de que ella debe ser el gobierno del pueblo, para el pueblo, ha de verificarse que las formas históricas referentes a la práctica del sistema democrático tropiezan a veces con dificultades. Y esas dificultades – así piensas sus panegiristas – de no lograr alcanzar la perfección, en la observancia de este régimen, lo que, de otra parte, no invalida, en absoluto, según dicen, la diligencia que nos atañe en practicarla, visto que se trata de la mejor y más sabia forma de organización del poder, conocida en la historia política y social de todas las civilizaciones”. (BONAVIDES, 2000, p. 344)

<sup>3</sup> “Es innecesario decir que la conceptualización de la democracia es una tarea cuasi imposible, principalmente por que el termino “democracia”, con el paso del tiempo se ha transformado en un estereotipo, contaminado por una anemia significativa[...]”. (STRECK Y BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 100)

el resultado de una presunta evolución moral. La democracia es frágil e inacabada, inexistiendo un presunto “umbral mínimo” que una vez alcanzado resulte garantizado. Es, por tanto, una conquista a defender permanentemente. (MOUFFE, 1999, p.18; STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2004, pp. 100-1)

En una línea similar de escepticismo e incertidumbre ya se manifestaba Rousseau. Clásicas son sus palabras sobre la inexistencia de democracia si se aplicase el término a la praxis política con todo rigor. Para el autor ginebrino, que gobierne la mayoría y la minoría sea gobernada es contrario al orden natural de las cosas. No cabe concebir un pueblo continuamente reunido para la gestión de los asuntos públicos. (ROUSSEAU, 2012)

La reflexión del autor ginebrino, basada en el estudio de los precedentes históricos y ciertamente influenciada por el contexto político en el que vivió – el ascenso del liberalismo –, pone de manifiesto las grandes incertidumbres y sombras del gobierno democrático: la fatídica tiranía de la mayoría y el consiguiente desprecio de las minorías; la imposibilidad de que el ciudadano moderno lo pueda ser a tiempo completo – la libertad de los modernos – y las complejidades de la propia organización democrática – gobierno representativo o democracia de identidad–.

Ninguna etapa histórica en que la democracia fuese la forma de gobierno logró alcanzar la perfección, ni sociedad alguna tuvo ni ha tenido la mejor de las democracias posibles<sup>4</sup>. La democracia no puede ser sino un concepto esencialmente problemático, que requiere de un compromiso expuesto permanentemente a inúmeras crisis y que da lugar a acuerdos delicados y sujetos a desviaciones prácticas. Dista de uniformidad compositiva y en múltiples ocasiones es un concepto eminentemente formal expuesto a tensiones y riesgos múltiples. Es posible que la única verdad teórica de la democracia sea su carácter problemático e inacabado, basado en el relativismo y contrario al absolutismo. (ARAGÓN REYES, 1989, p. 138; RODRÍGUEZ ADRADOS, 2011)

Comprender y demostrar este hecho es esencial para evitar caer en románticas idealizaciones que desvirtúen las virtudes y deficiencias que la democracia tuvo en cada una de sus épocas históricas. Siempre hubo y habrá errores que corregir; siempre habrá

---

<sup>4</sup> “Mismo hoy, evidente, aquellos que viven en un Estado que se proclama democrático se dan cuenta perfectamente de la disparidad entre democracia ideal y su imperfecta realización, más o menos perfecta según los tiempos y lugares”. (BOBBIO, 2000, p.417)

nuevas cuestiones y planteamientos que abordar para perfeccionar el escurrir ideal democrático. Como idea la democracia es muy sencilla tanto en su atractivo y poder cuanto en su reverso, es decir, sus graves e innegables limitaciones. Su atractivo y fuerza, su nota distintiva respecto a otras formas de gobierno se debe a la promesa de autonomía y voluntariedad de la vida en sociedad; en la posibilidad de llegar a ser dueños de nuestro propio destino; de ser, en definitiva, libres y autónomos mediante la participación de todos en los asuntos comunes. (DUNN, 1995, p. 9-10; PRIETO SANCHIS, 2009, p. 137)

Otro de sus ilustres teóricos, Kelsen, delineó otra de sus características definidoras: el relativismo. La democracia debe ser entendida como un concepto eminentemente relativo, abierto formal y sustancialmente, inconcluso, limitado y eminentemente perfectible<sup>5</sup>.

El modelo *primigenio* de democracia de la antigua Grecia ha servido de inspiración al pensamiento político occidental durante siglos, hasta el punto de caer en el error de mitificarla como la más elevada expresión que el mundo haya conocido nunca. Efectivamente, ideas nucleares de la teoría democrática como la autonomía, isonomía, libertad y justicia encuentran su origen, con las limitaciones que luego se pondrán de manifiesto, en la *polis* griega<sup>6</sup>. Su origen como forma de gobierno se sitúa en el s. VI a.C. en la Grecia Clásica. Su exponente principal fue la ciudad de Atenas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. Kelsen, 2009, pp. 226-7.

<sup>6</sup> En este sentido, Sabine (2009, p. 31) afirma que: “La mayor parte de los ideales políticos modernos – como, por ejemplo, la justicia, la libertad, el régimen constitucional y el respeto al derecho – o, al menos, sus definiciones comenzaron con la reflexión de los pensadores griegos sobre las instituciones de la ciudad-estado. Pero en la larga historia del pensamiento político, el significado de tales términos se ha modificado de modos muy diversos y hay que entenderlo siempre a la luz de las instituciones que habían de realizar esos ideales y de la sociedad en que operaban esas instituciones. La ciudad-estado griega era tan diferente de las comunidades políticas en que viven los hombres modernos, que pintar su vida social y política requiere un no pequeño esfuerzo de imaginación. Los filósofos griegos reflexionaban sobre prácticas políticas muy diferentes de cualesquiera que hayan prevalecido de modo general en el mundo moderno y todo el clima de opinión en el que realizaron su trabajo era diferente del nuestro. Aunque sus problemas no dejan de tener analogías en el presente, no fueron nunca idénticos a los problemas modernos, y el aparato ético con que se valoraba y criticaba la vida política difería mucho del que hoy prevalece. Para comprender de modo adecuado y exacto lo que significaban sus teorías, es necesario darse cuenta en primer lugar, aunque sea en líneas muy generales, del tipo de instituciones que tenían a la vista y de lo que para el público al que se dirigían comportaba la ciudadanía – de hecho y como ideal –. A este propósito, es especialmente importante el gobierno de Atenas, en parte porque es el mejor conocido, pero sobre todo porque fue objeto de especial preocupación para el más grande de los filósofos griegos”.

<sup>7</sup> En este sentido, Bobbio (2000, p. 387) afirma: “En la memoria histórica de los pueblos europeos, la democracia se presenta por primera vez a través de la imagen del *ágora* ateniense, la asamblea al aire libre donde se reúnen los ciudadanos para oír a los oradores y entonces expresar su opinión levantando la mano”.

Aun siendo un lugar común en la historia política, algunos autores cuestionan el surgimiento de la democracia en Grecia ante la existencia anterior de instituciones extremadamente similares con las conocidas en Atenas en Oriente y la propia Esparta<sup>8</sup>.

El origen del gobierno del pueblo obedeció a la confluencia de diversos factores socio-culturales que, al tiempo que van a posibilitar su nacimiento, acabaron restándole capacidad de evolución e imposibilitando su experiencia empírica prolongada<sup>9</sup>. Los catalizadores naturales del “gobierno democrático” ateniense fueron cuatro: a) Un sistema económico de carácter esclavista que posibilitó que el ciudadano ateniense y solo él dispusiese del tiempo suficiente para participar en los asuntos de

---

<sup>8</sup> En este sentido, Farrés Juste (2012, p. 39) afirma: “La identificación de la democracia o la política con un Occidente, civilizado y griego, opuesto a un Oriente, bárbaro y despótico, es un sesgo ideológico que, adherido a la interpretación más trillada de la mayoría de los testimonios históricos mejor conservados, seguramente ha sobrevivido hasta nuestros días. Contra este prejuicio, debemos puntualizar que el mismo criterio arqueológico que se ha empleado para encontrar los rastros y rasgos de la política antigua también se lleva empleando desde hace años en el caso de las comunidades arcaicas del Próximo Oriente – el viejo enemigo persa de los griegos – y da resultados extremadamente parecidos. Así pues, hoy día se acepta ya la existencia de comunidades orientales que anticiparon la Asamblea popular de las ciudades griegas o *poleis*. El diálogo de Herodoto acerca de la mejor forma de gobierno, que incluye a la isonomía (la igualdad ciudadana, la ciudadanía) como una de las tres propuestas a debate, tiene a los persas como protagonistas y está enmarcado diez años antes de las reformas de Clístenes en Atenas (en 522/521 a.C), es decir, es anterior a la supuesta acta del nacimiento de la democracia. Dicho de otro modo: En general, Grecia – y en particular, Atenas – es el origen solo en el sentido que ofrece las pruebas mejor preservadas de lo que se dio en llamar «ciudad» (*pólis*) o «ciudadanía» (*politeia, politeuma, politeuómenoi*): comunidad de iguales, comunidad de hombres en armas. Pero este origen seguramente sea una copia, y no el original”. En sentido análogo, Hornblower (1995, p.13) apunta a recientes investigaciones que cuestionan el origen de la idea de democracia en Atenas puntualizando lo siguiente: “Podría afirmarse que la historia de la democracia europea no tuvo su inicio en Atenas, sino en Esparta, lo cual no deja de resultar paradójico, pues generalmente se ha considerado a Esparta como lo contrario de la «sociedad abierta» representada, mediante una simplificación, por la Atenas de Pericles. Y sin embargo, Esparta no fue en sus inicios el monstruo totalitario que después llegaría a ser. Un documento constitucional, cuya fecha e interpretación constituyen uno de los campos de batalla más enconados en la historia de la Grecia antigua, estipula que una asamblea popular espartana deberá reunirse a intervalos regulares (Plutarco, *Vida de Licurgo*, VI). Incluso aceptando la fecha más extremadamente tardía de todas las posibles, hacía el 600 a.C, este acuerdo sitúa a Esparta muy por delante de Atenas, donde no existió ninguna disposición para celebrar asambleas con regularidad hasta la época de Clístenes, en 508-507 a.C. [...] Pero antes de que pasemos a Atenas, debemos preguntarnos si la democracia *europaea*, y concretamente griega, fue en verdad la primera de todas las democracias. La reciente reacción contra el «helenocentrismo», «la primacía griega», etcétera, podría ser algo más que una simple reacción de moda contra la inclinación europea ( y el antisemitismo) de los estudios clásicos en los dos últimos siglos, pues existe una base sólida (Bernal, 1987, 1991) para adjudicar a los fenicios parte del mérito tradicionalmente concedido a los griegos. Los fenicios, en el Asia Occidental, tuvieron algo comparable a la ciudad-estado o *polis* que se regulaba a sí misma en la Grecia arcaica y clásica”.

<sup>9</sup> En este sentido, Sartori (1994, p. 39) afirma: “El grado de involucramiento en la política requerido por la fórmula era tan absorbente que un desequilibrio profundo fue creado entre las funciones de la vida social. La hipertrofia política trajo consigo la atrofia económica: cuanto más perfecta se tornaba la democracia, tanto más pobres se volvían los ciudadanos. Se creó un círculo vicioso de busca de solución política para una necesidad económica: para compensar la producción insuficiente de riqueza, era preciso confiscar la riqueza. Parece, entonces, que la democracia de la Antigüedad estaba destinada a ser destruida por la lucha de clases entre ricos y pobres por haber producido un animal político en detrimento del hombre *oeconomicus*. La experiencia griega generó una “ciudadanía total” que fue demasiado lejos”.

gobierno<sup>10</sup>; b) El tamaño reducido de la polis griega<sup>11</sup>; c) La homogeneidad social y ; d) El carácter obligatorio de la participación política directa del ciudadano en la gestión de la vida pública de la ciudad a través de sus máximos órganos institucionales: la Asamblea Legislativa y el Consejo de los Quinientos<sup>12</sup>. La democracia representativa no era considerada como posible alternativa técnica que contribuyese a un mejor desempeño democrático. Muy al contrario, la idea dominante era la primacía y legitimación del gobierno directo mediante asambleas primarias<sup>13</sup>.

De la lectura de las características axiológicas que definieron a la democracia griega se deduce, sin demasiadas dificultades, que ninguna de sus condiciones son asimilables a la teoría y práctica actual<sup>14</sup>. El modelo democrático ateniense se basaba en el ejercicio continuado y exhaustivo de la participación directa<sup>15</sup>. Fue posible como

---

<sup>10</sup> A este respecto, Sabine (2009, p. 31) afirma: “Esta población estaba dividida en tres clases principales, que eran política y jurídicamente distintas. En el grado más bajo de la escala social se encontraban los esclavos, pues la esclavitud era una institución universal en el mundo antiguo. Acaso una tercera parte de los habitantes de Atenas eran esclavos. En consecuencia, la institución de la esclavitud era tan característica de la economía de la ciudad-estado como el asalariado lo es del estado moderno. Es cierto que los esclavos no contaban políticamente en la ciudad-estado”.

<sup>11</sup> Sobre el número de habitantes de Atenas, Sabine (2009, p.31) dice así: “Los datos numéricos son inseguros en grado sumo, pero podemos tomar como aproximadamente correcta una cifra algo superior a trescientos mil habitantes. Tal organización de un pequeño territorio dominado por una sola ciudad era típica de la ciudad-estado. Sartori (2007, p.170) ofrece una aproximación del número total de ciudadanos en los siguientes términos: “Atenas, se calcula, llegó a tener un máximo de treinta o treinta y cinco mil ciudadanos (sobre un total de trescientos mil habitantes)”.

<sup>12</sup> Sobre las características funcionales de la Asamblea ateniense, Bobbio ( 2007, p. 61) dice así:“La asamblea de los ciudadanos, la democracia que tenía en mente Rousseau, es una institución-como por lo demás el propio Rousseau sabía muy bien- que puede existir únicamente en una pequeña comunidad, como era la del modelo clásico por excelencia, la Atenas de los siglos V y VI, cuando los ciudadanos eran unos cuantos miles y su asamblea – tomando en cuenta los ausentes por voluntad o por fuerza- se podían reunir en el lugar convenido”.

<sup>13</sup> En este sentido, Miguel (2002, p. 484) afirma: “En especial, nadie estaba condenado a ser liderado, ya que el instituto de la *isegoría* garantizaba a todos el igual derecho a hablar en el espacio de decisión, es decir, en el *ágora*. Más que una forma de libertad de expresión, tal como la entendemos hoy, la *isegoría* representaba el *derecho a ser escuchado* durante el proceso de toma de decisión”.

<sup>14</sup> Bobbio (2000, p. 372) sintetiza la idea de democracia de los griegos en comparación a la idea de los modernos en los siguientes términos: “Para los antiguos la imagen de la democracia era completamente diferente: hablando de democracia ellos pensaban en una plaza o entonces en una asamblea en la cual los ciudadanos eran llamados a tomar ellos mismos las decisiones que les concernían. “ Democracia” significaba lo que la palabra designa literalmente: poder del *demos*, y no, como hoy, poder de los representantes del *demos*. Si después el término *demos*, entendido genéricamente como la “comunidad de los ciudadanos”, fuese definido de los más diferentes modos, ahora como los más, ahora como los muchos, la masa, los pobres en oposición a los ricos, y por tanto si la democracia fuese definida ahora como el poder de los más o de los muchos, ahora como el poder del pueblo o de la masa o de los pobres, no modifica en nada el hecho de que el poder del pueblo, de los más, de los muchos, de la masa, o de los pobres, no era aquel de elegir quien debería decidir por ellos, sino de decidir ellos mismos[...]”.

<sup>15</sup> Sabine (2009, p. 39) define el valor de la participación en la polis griega en los siguientes términos: “Así pues, en la concepción ateniense, la ciudad era una comunidad en la que sus miembros habían de llevar una vida común armónica, en la que había que permitir tomar parte activa a tantos ciudadanos como fuera posible, sin discriminaciones basadas en el rango o la riqueza y la que encontrasen canalización espontánea y feliz las capacidades de todos y cada uno de sus miembros. Y la Atenas de



consecuencia de dos factores: a) El reducido tamaño de las polis griegas y; b) Un concepto restrictivo y excluyente de *demos* del que únicamente formaban parte activa los varones atenienses mayores de 20 años<sup>16</sup>. El resto del conjunto de la población, es decir, mujeres, ancianos, extranjeros y esclavos era realmente *no demos*, personas que carecían de la idoneidad jurídica para participar en la creación de las leyes y el gobierno democrático<sup>17</sup>. Ser ciudadano requería participar en las instituciones públicas, con independencia del grado. Primaba el carácter social de la participación sobre el jurídico. (SABINE, 2009, p. 32)

La participación política estaba reservada a una parte mínima de la población, hasta el punto de poder ser considerada como privilegio de una clase concreta: el ciudadano griego<sup>18</sup>. La igualdad política no conllevaba igualdad de poder, asociada a una igualdad de estatus que solo tenían un número muy reducido de ciudadanos<sup>19</sup>. La exclusión de la mayoría del *demos* como ciudadanos provistos del derecho a participar

---

Pericles consiguió realizar este ideal en un grado considerable – probablemente en un grado mayor que ninguna otra comunidad humana-. Sin embargo, esto era un ideal y no un hecho. Aun en su mejor forma, la democracia tenía un lado malo, cosa que tuvo tanta relación como sus éxitos con los comienzos de la teoría política”.

<sup>16</sup>En este sentido, Farrés Juste (2012, p. 40) afirma: “La ciudadanía, en sus orígenes, era un bien escaso: sólo se administraba a aquellos que tenían una propiedad a su cargo. Una propiedad en el sentido material de la palabra; es decir, que tenían tierras, mujer, hijos, esclavos, sirvientes, herramientas, casa, etc. La forma de vida política (*bíos politikós*) se daba entre aquellos que no se debían nada a nadie, que eran libres - «libres» en el sentido antiguo, esto es, que no eran esclavos ni siervos de otro particular”.

<sup>17</sup> En este sentido, Gonçalves Ferreira filho (2000, pp. 4-5) afirma: “Quién era, sin embargo, ciudadano ateniense? Solamente era considerado ciudadano ateniense el hombre, hijo de padre ateniense y de madre hija de padre ateniense. [...] Así, no gozaban de ciudadanía – y consecuentemente no tenían participación política – todas *las mujeres*; los nacidos en Atenas que no probaran ser hijos de padres ateniense y de madre hija de padre ateniense (*Los metecos*) – remontándose esa línea de filiación a los tiempos de Solón (591 a. C), que efectúa un levantamiento de los atenienses: los libertos y evidentemente todos los extranjeros y esclavos (que se desentendían del trabajo pesado). Por eso, en el período áureo, el número de ciudadanos giraba alrededor de 40.000 en una población de 300.000 (13% de la población)”.

<sup>18</sup> En sentido análogo, Rivero (2009, p. 208) afirma: “En los lejanos tiempos de la Atenas de Pericles la participación política tenía un significado principal bien definido y preciso (o así nos lo parece en ese cuadro que los modernos nos hemos construido de nuestro presunto pasado clásico). Era éste el denotado entonces por el concepto mismo de ciudadano. En palabras de Aristóteles, ciudadano era aquel susceptible de ocupar un cargo público. De manera más descriptiva era ciudadano quien en uso de su *parresía* (libertad del lenguaje), isonomía (igualdad ante la ley) e isegoría (igualdad de acceso y palabra en la asamblea), en el ágora (asamblea), participaba en el gobierno de la ciudad. Repitámoslo, la participación política en la democracia antigua era principalmente *participación directa* en el gobierno de la ciudad”.

<sup>19</sup> En este sentido, Held (2009, p. 42) afirma: “La legendaria democracia estaba íntimamente unida a lo que podría denominarse la «tiranía de los ciudadanos». En sentido similar, Aguiar de Luque (1977, p. 3) dice así: “Sin embargo, con frecuencia se olvida que la estructura social griega marginaba de la condición de ciudadanos a un elevado número de esclavos y metecos que, bien siendo súbditos de las decisiones allí tomadas, carecían de toda participación en su elaboración”.

en la gestión de la *polis* restringe severamente la idoneidad del modelo democrático ateniense<sup>20</sup>.

La influencia que el ejercicio de la “democracia directa” ateniense tuvo en las formas de gobierno en los siglos posteriores fue escasa al no lograr expandirse más allá de la polis griega. Salvo similitudes residuales con la República romana y las ciudades florentinas de la Edad Media, no fue hasta el s. XVIII que el modelo de democracia clásico de los griegos reapareció en el contexto del Estado liberal. La obra de Rousseau y posteriormente de Marx desembocaron en la concepción *moderna* de la democracia directa. Uno y otro modelo democrático compartían homonimia y poco más. Ni compartían unidad política, ni diseño institucional ni, sobre todo, la concepción de ciudadanía (RIVERO, 2009, p. 220).

Las deficiencias aquí apuntadas no suponen negar el que la aparición de la idea de democracia supuso un cambio de mentalidad revolucionario en la concepción del gobierno ideal de los hombres. Del gobierno de los pocos se pasó al gobierno de los *muchos*<sup>21</sup>. Un ideal que, como veremos, sigue sometido a múltiples desafíos.

## 1.2 LA DEMOCRACIA FORMAL: SER Y ¿DEBER SER? DE LA DEMOCRACIA.

¿Por qué analizar etimológicamente el término democracia? En principio, la palabra democracia tiene un significado conciso derivado de su origen griego: gobierno (*kratia*) del pueblo (*demos*). Su claridad semántica contrasta con su insuficiencia para concretar su contenido formal y, si lo tuviere, sustancial. Esa insuficiencia conceptual facilita la deformación del concepto mediante la atribución de características que no le son propias y la creación de expectativas infundadas que conduzcan a la tergiversación de su contenido posible. Un término no puede englobar cualquier significación bajo el riesgo de terminar no significando realmente alguna de los significados propuestos. Eso es en gran medida lo que ha ocurrido con el término democracia, desprovisto de una

<sup>20</sup> En este sentido, Bonavides (2000, p. 347) afirma: “La oscura mancha que la crítica moderna vio en la democracia de los antiguos vino sin embargo de la presencia de la esclavitud. La democracia, como derecho de participación en el acto creador de la voluntad política, era privilegio de la íntima minoría social de hombres libres apoyados sobre la dolorosa mayoría de hombres esclavos”.

<sup>21</sup> En este sentido, Dahl (1992, p. 21) afirma: “Lo que aconteció fue que varias ciudades-Estados que desde tiempos inmemoriales habían sido gobernadas por diversas clases de líderes antidemocráticos (aristócratas, oligarcas, monarcas o tiranos) se convirtieron en sistemas en los cuales una cantidad sustancial de varones adultos libres tenían derecho a participar directamente, en calidad de ciudadanos, en el gobierno”.

identificación semántica concisa y delimitada. Etimológicamente, no puede negarse seriamente que se ha difuminado y vuelto poco menos que omnicomprendiva. Ante este confuso panorama se entiende útil proponer una delimitación descriptiva del concepto.

### ***1.2.1 El “ser” de la democracia: el gobierno del pueblo.***

El *ethos* de la democracia es una idea elemental, un punto de partida irrenunciable en la construcción del término: el gobierno real y efectivo es del pueblo, pertenece al pueblo<sup>22</sup>. Cualquier régimen constitucional democrático, para ser legítimo, debe integrar en el ordenamiento jurídico la autorreferencialidad propia de la soberanía popular. Una autorreferencialidad que ha de poder organizar su estructura y funcionamiento de acuerdo a cánones identificables como democráticos. No es concebible la democracia sin la voluntad autorreferencial manifestada a través de la participación del pueblo soberano<sup>23</sup>.

La idea de pueblo asociada a la democracia no ha sido ni en sus orígenes, ni en su desarrollo, ni en la actualidad un concepto exento de controversia<sup>24</sup>. Todo lo contrario<sup>25</sup>. Como se ha visto, desde sus orígenes en Grecia la idea de pueblo gobernante se redujo en la práctica a una exigua minoría. No fue el griego, sin embargo,

---

<sup>22</sup> En este sentido, Christensen (2003, p. 35) afirma: “El pueblo igualmente aparece en la teoría jurídica de la democracia en cuanto bloque. El es piedra fundamental inmóvil de la teoría de la soberanía popular y provee como lugar común de retórica la justificación para cualquier acción del Estado. En esa utilización en bloque el concepto de pueblo justamente encubre las diferencias que permitirían distinguir entre retórica ideológica y democracia efectiva. El pueblo y su poder [*Gewalt*], sin los cuales la sociedad ni sería capaz de recibir una constitución no puede permanecer una metáfora citada en discursos domingueros [*Sonntagsreden*] inofensivos. Muy al contrario, el poder constituyente del pueblo debe tornarse práctica efectiva. Se hace menester delimitar inequívocamente esas diferencias en la utilización del concepto de pueblo”.

<sup>23</sup> Sobre la interrelación democracia-participación, Bonavides (2008, p. 51) afirma: “No hay democracia sin participación. De suerte que la participación tiene por objeto las fuerzas sociales que vitalizan la democracia y le asignan el grado de eficacia y legitimidad en el cuadro social de las relaciones de poder, bien como la extensión y amplitud de ese fenómeno político en una sociedad repartida en clases o en distintas esferas y categorías de intereses”.

<sup>24</sup> Sobre la interpretación semántica del término pueblo, Bonavides (2008, p. 51) propone tratar la noción del mismo de forma tridimensional en los siguientes términos: “Hace algún tiempo evidenciamos la conveniencia de tratar la noción de pueblo por tres vías dimensionales posibles: los conceptos político, jurídico y sociológico. En el primero, acentuase la participación; en el segundo, la ciudadanía vinculada a una determinada orden jurídica; en el tercero, los lazos étnicos y culturales que forman la conciencia nacional y consienten equiparar el concepto de pueblo al de nación. En razón de su significado más amplio, genérico y específico, he de afirmar que la preferencia recaiga en el concepto jurídico de pueblo”.

<sup>25</sup> En este sentido, Freitas (2011, p. 16) afirma: “No basta afirmar el cliché de que todo poder emana del pueblo. ¿Qué es exactamente el poder democrático y como se procesa? Estas son cuestiones centrales. No es que nadie haya conseguido ofrecer reflexiones útiles sobre el tema. Al contrario. Es oceánica la literatura al respecto. Todavía, el punto en cuestión permanece por el hecho de que los modelos forjados por la tradición ofrecen respuestas francamente insatisfactorias, porque mezclan poder y dominación”.

el único ejemplo de exclusión de personas con capacidad de decisión. Al igual que los griegos y otros pueblos que la practicaron – los romanos a través de su República y las Repúblicas medievales italianas del s. XIII –, la primera democracia de la modernidad, la estadounidense de finales del s. XVIII, vetó en sus orígenes la participación política de mujeres, negros y aborígenes.

De la experiencia histórica aquí brevemente delineada se deduce que el concepto de pueblo como “titular” de la soberanía popular tiene dos dimensiones de signo opuesto: a) Una primera de naturaleza omnicomprendiva y eminentemente teórica que alude a todos los integrantes de una determinada comunidad. En esta acepción, la soberanía corresponde al pueblo y solo al pueblo. Nadie, sea persona o grupo, puede por tanto adueñarse de ella para ejercerla en su beneficio particular. En este sentido, la soberanía popular no es sino un criterio de legitimación negativo de la democracia entendida como democracia política; b) Una segunda dimensión, crítica de la deformación con que el concepto de pueblo es utilizado en las teorías de la soberanía popular. La teoría democrática, en un ejercicio de voluntarismo, interrelaciona pacíficamente los conceptos de pueblo y dominación<sup>26</sup>. La voluntad general es en realidad la voluntad particular impuesta por las estructuras de dominación. El pueblo ni es homogéneo ni es sujeto. Son los representantes quienes actúan normalmente en nombre de aquél (CHRISTENSEN, 2003, p.37). Es más, el soberano no es el pueblo, abstracción cómoda y falaz. La democracia moderna descansa en una concepción eminentemente individualista de la sociedad (BOBBIO, 2000, p. 380).

Un segundo parámetro de análisis del contenido de la soberanía popular, dentro del marco de la democracia constitucional, es el resultante de su innegable conexión con los derechos fundamentales<sup>27</sup>. La soberanía popular, para poder ser la expresión real de la voluntad popular, precisa de límites y garantías expresadas normativamente<sup>28</sup>. Y estas

<sup>26</sup>En este sentido, Freitas (2011, p. 16) afirma: “Hoy el poder político es todavía entendido, con variantes, como capacidad de imponer coercitivamente las ideas, voluntades o padrones a los otros, esto es, como dominación, inclusive jurídica”.

<sup>27</sup> A este respecto, Bovero (2007, p. 242) afirma: “La democracia constitucional – [...] – es aquel régimen, o aquella forma de gobierno, en el que el poder de decisión colectiva, fundado sobre la atribución universal de los derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad, encuentra vínculos de sustancia, y no solo de forma, para su propio ejercicio: estos vínculos coinciden precisamente con los derechos fundamentales, y principalmente con los derechos de libertad y con los derechos sociales – algunos de los cuales deben ser considerados pre-condiciones de la democracia, pero no incorporados en una de sus (pretendidas)«dimensiones»”.

<sup>28</sup> Sobre la naturaleza de la soberanía popular como poder sujeto a límites, Aragón Reyes (2011, p.105) dice así: “ Pero ocurre que la soberanía popular (a diferencia de la soberanía personal del Monarca) es

garantías se contienen en los derechos fundamentales. Destacan de entre ellos los derechos políticos y sus libertades correlativas<sup>29</sup>. Soberanía popular y derechos fundamentales son interdependientes, de forma que toda violación de aquellos es una lesión a las personas, que son sus titulares, sino también a la soberanía popular (FERRAJOLI, 2011, p. 14).

En este caso, la significación de la soberanía popular no descansa sobre una ficción identificativa de pueblo bajo criterios de homogeneidad social. El factor determinante es el conjunto de los ciudadanos como titulares de derechos fundamentales sociales, civiles y políticos, auténticos referentes jurídicos y axiológicos de la democracia<sup>30</sup>. Utilizando la clásica expresión de Ferrajoli (2011, p. 14), los derechos fundamentales “[...] equivalen, en otras palabras, a otros tantos fragmentos de soberanía popular correspondientes a todos y a cada ciudadano”.

El otro elemento que compone el *ethos* de la democracia es la idea de gobierno. La palabra gobierno implica ejercicio y articulación práctica del poder que en teoría reside en el pueblo. Y aquí de nuevo hay diferencias entre la articulación teórica y práctica. En términos teórico-metafóricos, la atribución del poder al pueblo no reviste especiales dificultades. El problema radica en que no resuelve el problema del ejercicio práctico del *poder del pueblo por el propio pueblo*.

Es bien sabido que el ejercicio práctico del poder por el pueblo es uno de los grandes problemas técnicos de la democracia no resuelto. El poder es en realidad de quien lo ejerce y el gobierno real es de aquellos que ejercen el poder, de aquellos que además de detentarlo en términos teóricos tienen la capacidad de ejercerlo mediante la

---

inconcebible en términos absolutos, aunque sólo sea por la razón de que para que una colectividad se exprese fehacientemente, es decir, manifieste su voluntad como tal colectividad, es preciso que esté organizada, o lo que es igual, que se atenga a regla de procedimiento que aseguren la autenticidad de esa voluntad colectiva. Por ello, a la soberanía popular le acompaña siempre la regla de procedimiento (convocatoria, publicidad, quórum, mayoría, etc.) que le permite expresarse, regla, pues, que no es límite a su voluntad, sino presupuesto para que esa voluntad exista. El poder soberano popular es siempre, por ello, un poder «regular», esto es, un poder juridificado, sometido a reglas, y, en consecuencia, imposible de ser concebido como poder absoluto”.

<sup>29</sup>En este sentido, Ferrajoli (2011, p. 11) afirma: “La voluntad popular, en efecto, se expresa *auténticamente* solo si puede expresarse *libremente*. Y solo puede expresarse libremente mediante el ejercicio, además del derecho de voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión y de asociación”.

<sup>30</sup> “[...] el pueblo que participa en el gobierno, se restringe, en un primer momento, a aquellos que detentan derechos políticos, los ciudadanos”. (BARZOTTO, 2003, p. 144)

ocupación temporal de las diversas instituciones democráticas<sup>31</sup>. Dos han sido las articulaciones prácticas elementales de ejercicio del poder en democracia: a) La directa, defendida principalmente en su concepción moderna por Rousseau, para quien el ejercicio del poder por el pueblo debía ser puesto en práctica sin la intermediación de representantes. En esta concepción el pueblo es al tiempo gobernante y gobernado; b) La representativa, claramente hegemónica en la actualidad y donde el ejercicio del poder es desempeñado por un cuerpo de representantes de la voluntad popular no responsables ante los electores.

La democracia representativa precisa de la transmisión efectiva del poder del pueblo a un cuerpo de representantes<sup>32</sup>. Esta falta de vinculación directa conlleva, indefectiblemente, un distanciamiento en la acción de los representantes del pueblo sobre la voluntad del propio pueblo. Gobernantes y gobernados no son un cuerpo homogéneo tal y como defienden los adeptos de la democracia directa. En consecuencia, la democracia representativa no resuelve el problema de la separación de la titularidad y ejercicio del poder de manera satisfactoria.

Si el poder pertenece al pueblo solo debería poder ser ejercido por el pueblo. Ceñirse estrictamente a esta concepción radical de la democracia directa conllevaría la imposibilidad de ponerla en práctica en las sociedades actuales. La complejidad técnica, la diversidad cultural y el gran tamaño de las democracias actuales, muy superior a que aquellas sociedades donde fue practicada la democracia directa así lo sugiere.

La falta de correspondencia entre gobernantes y gobernados es consecuencia de la insuficiencia de un modelo de representación política que encuentra su legitimación en las reglas procedimentales garantizadoras de la representatividad: el sufragio popular y el principio de la mayoría. Sin embargo, la democracia requiere más. Para que un

---

<sup>31</sup> Miguel (2002, p. 485) afirma sobre el gobierno del pueblo lo siguiente: “En la democracia contemporánea, el pueblo es condenado a prácticamente la pasividad. Ejerce su “soberanía” de tiempos en tiempos, en el momento de la elección. Aun así, se limita a escoger entre las opciones que le son presentadas por grupos organizados, ya que el propio sentido de la representación política fue alterado, destinando al elector un papel reactivo”.

<sup>32</sup> Bobbio (2007, p.56) sintetiza las características que definen al representante en las modernas democracias representativas en los siguientes términos: “ las democracias representativas que nosotros conocemos son democracias en las que por representante se entiende una persona que tiene las siguientes características: a) en cuanto goza de la confianza del cuerpo electoral, una vez elegido ya no es responsable frente a sus electores y en consecuencia no es revocable; b) no es responsable directamente frente a sus electores, precisamente porque él está llamado a tutelar los intereses generales de la sociedad civil y no los intereses particulares de esta o aquella profesión”.

sistema pueda calificarse de democrático las minorías han de poder convertirse algún día en mayoría. Y no solo eso: la mayoría no debe escapar al control de aquellos poderes que conforman la soberanía popular<sup>33</sup>.

Estos vínculos y controles no solo son exclusivamente procedimentales. Tienen igualmente un carácter sustancial que debe cristalizar en la imposición de límites al contenido de las decisiones. Y tales diques de contención los representan los derechos fundamentales<sup>34</sup>. Pueblo y autogobierno son elementos constitutivos de la idea de democracia entendida como autorreferencialidad normativa. Una idea de democracia que, además de forma y proceso, precisa para su propia supervivencia de límites sustanciales que vinculen al poder político de forma severa. Tales límites son los derechos fundamentales<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup>Bobbio (2000, p. 427) expresa su escepticismo sobre la catalogación de la democracia como algo más que un procedimiento en los siguientes términos: “No tengo la menor dificultad en admitir, como escribí una vez, que esas reglas puramente formales dan al concepto de democracia un significado restringido. Pero siempre es mejor un significado restringido que un significado amplio – como aquel según el cual la democracia es el gobierno del pueblo y para el pueblo – mas vago. Confieso que tengo cierta dificultad en admitir que, al hablarse de democracia – si a respecto de la cual nos queremos entender, y no engañarnos recíprocamente, como con frecuencia ocurre en las discusiones políticas – se quiera entender otra cosa. Quien entiende otra cosa debería decirlo claramente. Estoy hasta dispuesto a admitir que para que un Estado sea verdaderamente democrático no basta la observancia de esas reglas, o sea, reconozco los límites de la democracia apenas formal, pero no tengo dudas sobre el hecho de que basta la inobservancia de una de esas reglas para que un gobierno no sea democrático, ni verdadera, ni aparentemente”.

<sup>34</sup>“En efecto, para la supervivencia de cualquier democracia es necesario algún límite sustancial. En ausencia de tales límites, relativos a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia no puede – o al menos puede no – sobrevivir: en línea de principio siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los propios métodos democráticos. Siempre es posible suprimir, por mayoría, los derechos de libertad e incluso el derecho a la vida. Más aún: es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en el que consiste la democracia política. No hablo de hipótesis de escuela: aludo a las terribles experiencias totalitarias del siglo pasado, cuando el fascismo y el nazismo se adueñaron del poder en formas democráticas para atribuírselo «democráticamente» a un jefe que suprimió la democracia. Se suele sortear esta objeción con la tesis de que los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son «condiciones», «precondiciones» o «presupuestos» de la democracia. Pero una condición, cuando se considera necesaria, equivale a un requisito esencial y ha de ser incluida necesariamente, como condición *sine qua non*, en la definición del término que se define”. (FERRAJOLI, 2011, p. 11)

<sup>35</sup>En este sentido, Touraine (1996, p. 38) afirma: “La democracia existe realmente cuando la distancia que separa el Estado de la vida privada es reconocida y garantizada por instituciones políticas y por la ley. Ella no se reduce a procedimientos porque representa un conjunto de mediaciones entre la unidad del Estado y la multiplicidad de actores sociales. Es preciso que sean garantizados los derechos fundamentales de los individuos; es preciso también que estos se sientan ciudadanos y participen de la vida colectiva”.

### 1.2.2 *Mínimum* de la idea de democracia: la democracia social y la democracia política.

Delinear el concepto de democracia sustancial requiere previamente fijar dos acepciones: la democracia social y política. La primera es de autoría de Alexis de Tocqueville. Como el autor francés describiera en “La democracia en América”, quedó impresionado por la concepción que los estadounidenses tenían de su propia sociedad y que Europa desconocía por completo. En aquel entonces, Estados Unidos se definía a sí mismo como una república y no como una democracia. Esta singularidad motivó el que Tocqueville estudiase la noción de democracia en clave social. La sociedad estadounidense se caracterizaba por la idea de un “espíritu igualitario” y la valoración de las personas como ciudadanos dotados de un valor intrínseco igual<sup>36</sup>.

Esta concepción igualitaria se apoyaba en la homogeneidad social estadounidense, desconocedora de la sociedad feudal europea. Desde entonces, la democracia es entendida en su acepción social como estructura horizontal opuesta a la sociedad vertical de clases. Es, en definitiva, una forma de vivir y convivir entre personas que se estiman a sí mismas iguales<sup>37</sup>. Así pues, la democracia social como *igualdad de estatus* es condición elemental para la existencia de un régimen democrático. Esa igualdad entre las personas abre la posibilidad a que todas ellas puedan aspirar al gobierno de las instituciones democráticas. Nadie es considerado *per se* como más idóneo o capacitado que otros para ejercer el poder. La concepción social de la democracia exige, no tanto como criterio de legitimación pero si de efectividad,

---

<sup>36</sup> “Entre las cosas nuevas que durante mi estancia en los Estados Unidos llamaron mi atención, ninguna me sorprendió tanto como la igualdad de condiciones. Sin dificultad descubrí la prodigiosa influencia que este primer hecho ejerce sobre la marcha de la sociedad, pues da a la opinión pública una cierta dirección, un determinado giro a las leyes, máximas nuevas a los gobernantes y costumbres peculiares a los gobernados. Pronto observé que ese mismo hecho extiende su influencia mucho más allá de las costumbres políticas y de las leyes, y que su predominio sobre la sociedad civil no es menor que el que ejerce sobre el gobierno, pues crea opiniones, engendra sentimientos, sugiere usos y modifica todo aquello que él no produce. Así pues, a medida que estudiaba la sociedad americana, percibía cada vez más, en la igualdad de condiciones, el hecho generador del que parecía derivarse cada hecho particular, hallándolo ante mí una y otra vez, como un punto de atracción hacía el que convergían todas mis observaciones”. (TOCQUEVILLE, 2006, p. 29). Cunningham (2009, p. 17) interpreta la concepción democrática de Tocqueville en los siguientes términos: “La democracia americana se torna posible para él por la “igualdad de condición”, siendo esa en la realidad una condición necesaria, esto es, por la igualdad de acceso de las personas no solamente para votar u ocupar cargos públicos, sino también una igualdad de ventajas económicas y, culturalmente, en actitudes anti aristocráticas”.

<sup>37</sup> En este sentido, Sartori (2007, p. 20) afirma: “[...] en la acepción original del término, la «democracia social» revela una sociedad cuyo ethos exige a sus propios miembros verse y tratarse como socialmente «iguales»”.



que el conjunto de los derechos y garantías que conforman el núcleo de la democracia constitucional sean socialmente compartidos entre los miembros de la colectividad.

Junto a la igualdad formal como núcleo de la democracia social y para conformar un concepto de mínimos se precisa de la igualdad política, núcleo de la democracia política<sup>38</sup>. La dimensión política de la democracia es *conditio sine qua non* de la existencia de un régimen democrático. Una democracia solo puede serlo si existe la democracia política<sup>39</sup>.

Este concepto se refiere a la creación de un conjunto de reglas y procedimientos mediante los cuales adoptar las decisiones que posibilitarán la consecución de los fines definidos en el proyecto asociativo contenido en la constitución. Este proceso decisorio arranca de la igualdad política que deben presidir las relaciones entre los miembros de la comunidad. No cabe considerar el que un grupo de miembros esté mejor capacitado para el ejercicio real del gobierno. Los criterios prácticos en que se apoya el proceso político democrático son esencialmente dos: a) La participación efectiva de los ciudadanos mediante oportunidades equitativas y válidas en la expresión de sus preferencias asociativas así como la posibilidad de incorporar temas al programa de acción y poder expresar los argumentos por los cuales prefieren una opción a otra; b) La igualdad de valor del voto en relación a las decisiones a tomar por los ciudadanos.

La democracia política es fundamento de legitimidad de la democracia formal. A través de ella se establece el *quien* (los ciudadanos) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de la adopción de las normas. Y sin estos elementos no cabe hablar de la dimensión sustancial de la democracia: el *qué* de las normas, el contenido de las mismas y los

---

<sup>38</sup> En este sentido, Touraine (1996, p. 37) afirma: “[...] la igualdad política – sin la cual la democracia no existe – no es solamente la atribución de los mismos derechos a todos los ciudadanos; es también un medio de compensar las desigualdades sociales, en nombre de los derechos morales. De modo que el Estado democrático debe reconocer a sus ciudadanos menos favorecidos el derecho de actuar, en el marco de la ley, contra un orden desigual del cual el propio Estado forma parte. Al limitar su propio poder, el Estado está también reconociendo que el orden político tiene como función compensar las desigualdades sociales”.

<sup>39</sup> A este respecto, Sartori (2007, p. 22) afirma: “[...] democracia sin calificativos quiere decir democracia política. La diferencia entre ésta y las demás es que la democracia política es dominante y condicionante; las demás son subordinadas y condicionadas. Si falta la democracia mayor, con facilidad faltan las democracias menores. Lo que explica por qué la democracia ha sido siempre un concepto preeminentemente desarrollado y teorizado en el contexto del sistema político”. En sentido similar, Ferrajoli (2011, p. 24) afirma: “[...] no tendría sentido llamar «democracia» a un sistema que careciese de la dimensión política”.

límites impuestos por los vínculos sustanciales de la democracia constitucional: los derechos fundamentales en su conjunto<sup>40</sup>.

### 1.2.3 La democracia formal como punto de partida de la democracia sustancial.

El carácter abierto, dinámico e inconcluso que define la naturaleza de la democracia no impide establecer una definición de mínimos, considerada por gran parte de la teoría y la filosofía política como la concepción dominante: la democracia formal. Una primera aproximación revela que esta concepción procedimental es la fórmula más lógica de alcanzar acuerdos que posibiliten la resolución pacífica de la conflictividad propia de las sociedades democráticas<sup>41</sup>.

Quizás la definición más utilizada corresponda a Bobbio. Para el maestro italiano, un régimen democrático se caracteriza primariamente por la existencia de un conjunto de reglas procedimentales para la formación de las decisiones colectivas en las cuales está prevista y facilitada la participación más amplia posible de los interesados (BOBBIO, 2007, pp.24-5). De la lectura de sus palabras se extraen los parámetros que conforman el *iter* procedimental democrático<sup>42</sup>. El conjunto de reglas responde a la

---

<sup>40</sup>Vargas Machuca (2012, p.18) sintetiza las características del modelo de democracia constitucional en los siguientes términos: “El modelo de democracia constitucional, [...], habilita un método para seleccionar los gobernantes. No solo determina a quién corresponde tomar las decisiones políticas sino como y sobre qué. Conforman un poder dividido, controlado y susceptible de ser contestado. Levantada sobre el Estado de Derecho, consagra el imperio de la ley, blindando un sistema de derechos de las personas y garantiza el equilibrio y control mutuo de los distintos poderes. De otra parte, su sesgo democrático se prueba en esa compleja y densa red de instituciones de representación política destinada a aplicar los principios de participación popular, control y distribución del poder”.

<sup>41</sup>Sobre el valor de la democracia procedimental, Rubio Llorente (2012, p. 637) afirma: “La idea de democracia se ha conceptualizado de tantas maneras distintas y ha sido y es tan frecuentemente utilizada como expresión sintética de un ideal que es inevitable que se tienda a atribuir un propósito normativo a cualquier uso que de ella se haga. [...]. Para decirlo con mayor precisión: al proponer como idea de democracia adecuada a la de representación la que es propia de la concepción procedimental, no intento negar la validez de las visiones sustanciales de la democracia, sino simplemente situarlas en una secuencia necesaria respecto de aquella. Una democracia puramente procedimental puede albergar las más tremendas desigualdades, en tanto que, hasta el presente, ningún intento por asegurar la igualdad sustancial desdeñando el procedimiento ha conseguido su propósito, pero ha destruido la democracia”.

<sup>42</sup>El propio Bobbio (2000, p.427) define cuáles son las características procedimentales de la democracia en los siguientes términos: “Esos universales procedimentales, que caracterizan a la democracia, pueden ser resumidos en los siguientes puntos esenciales: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, deben gozar de derechos políticos, esto es, cada uno de ellos debe gozar del derecho de expresar su propia opinión o de elegir quien la exprese por él; 2) el voto de todos los ciudadanos debe tener igual peso; 3) todos aquellos que gozan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según su propia opinión formada, en la mayor medida posible, libremente, esto es, en una libre disputa entre grupos políticos organizados en competencia entre sí; 4) deben ser libres también en el sentido de que deben ser colocados en condiciones de escoger entre diferentes soluciones, esto es, entre partidos que tengan programas distintos y

estructura básica normativa de la sociedad democrática basada en la primacía de la ley<sup>43</sup>. Requisito *sine qua non* de la democracia es la fijación de un procedimiento de adopción de normas que otorgue al pueblo la capacidad de asumir tales decisiones, bien de manera directa, bien a través de sus representantes<sup>44</sup>. Solo así se establecerá un procedimiento que cumpla con los requisitos que otorgan validez a las decisiones y que pasa necesariamente por la garantía de otorgar idénticas posibilidades participativas a la ciudadanía en el proceso normativo.

Llegados a este punto, es preciso detenerse para apuntar diversas deficiencias que relativizan la suficiencia de la democracia formal. La democracia como procedimiento nos aporta el *quién* (pueblo o representantes), el *cómo* (mediante la regla de la mayoría) pero no resuelve el *qué*, el contenido de las decisiones. Si se aceptara la pretendida suficiencia procedimental podrían justificarse actitudes incompatibles con la democracia constitucional. Un ejemplo terminante es el de la posible limitación de los derechos de la minoría si así lo decidiera la mayoría procedimental. (FERRAJOLI, 2011, p. 9)

La dimensión formal de la democracia como poder articulador de la voluntad popular es un elemento indispensable para su legitimidad. El conflicto se plantea al considerar, y es obligatorio hacerlo, la vertiente procedimental no solo como *conditio sine qua non*, sino también como condición suficiente para calificar un sistema como legítimamente democrático<sup>45</sup>.

---

alternativos; 5) sea para las elecciones, sea para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que será considerado elegido el candidato o será considerada válida la decisión que obtuviese el mayor número de votos; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de tornarse igualmente mayoría en igualdad de condiciones”.

<sup>43</sup>“La democracia es el régimen que ofrece un conjunto de reglas que estructuran el juego de intereses en la sociedad, de modo que, pacíficamente, puedan ser satisfechos los intereses del mayor número posible de individuos”. (BARZOTTO, 2003, p. 145)

<sup>44</sup> En este sentido, Bovero (2007, p. 239) afirma: “[...] hay democracia cuando todos aquellos a los que estarán dirigidas las decisiones colectivas tienen igual derecho-poder de participar, directa o indirectamente, en la formulación de esas decisiones. Esta fórmula contiene, a mi juicio, la indicación de las condiciones esenciales de la democracia, en relación con las cuales este término tan mal manejado adquiere un sentido no equívoco”.

<sup>45</sup>A tal respecto, Dworkin (2006, p. 130) afirma: “Las dos visiones de democracia que están en competición son estas. De acuerdo con la visión *mayoritaria*, democracia es el gobierno de la voluntad de la mayoría, esto es, de acuerdo con la voluntad de la gran mayoría de las personas, expresada en elecciones con sufragio universal o próximo de este. No hay garantía de que la mayoría decida justamente; sus decisiones pueden ser injustas para las minorías cuyos intereses la mayoría ignore sistemáticamente. Si eso aconteciese, entonces la democracia es injusta pero no menos democrática por esa razón. De acuerdo con la visión rival de democracia, sin embargo, democracia significa que el pueblo

La necesidad de fijar los límites y denunciar las insuficiencias de la democracia formal deriva de la conveniencia de superar esta concepción mecanicista en favor de otra más avanzada y compleja: la democracia constitucional<sup>46</sup>. Su característica esencial consiste en la limitación no sólo teórica de los poderes públicos. En el marco de la democracia constitucional no caben poderes absolutos. Para algunos autores ni tan siquiera el poder popular es absoluto. La democracia constitucional representa una visión antagónica de la democracia procedimental. En este modelo democrático el poder del pueblo es entendido como poder absoluto no sujeto a otros límites que los procedimentales. Aquello que el pueblo decidiese como titular del poder constituyente, siguiendo escrupulosamente el *iter procesal* establecido en la norma constitucional, legitimaría cualquier decisión colectiva<sup>47</sup>.

La democracia procedimental debe ser puesta en tela de juicio como concepto autosuficiente. El modelo democrático procedimental es insuficiente al ignorar los siguientes elementos teóricos básicos del Estado constitucional democrático: a) La premisa básica del Estado de derecho que condiciona la legitimidad de los poderes públicos a su necesaria sujeción a la ley y; b) La ilegitimidad de poderes ilimitados. En efecto, para parte de la doctrina el ejercicio de los poderes públicos ha de estar limitado en la práctica por normas constitucionales resistentes al poder de reforma: el principio de igualdad y los derechos fundamentales.

La inexistencia de límites sustanciales o explícitos supone, para un sector de la doctrina, la imposibilidad sobrevenida de la democracia como sistema de gobierno. Por

---

se gobierna a sí mismo como un todo en una empresa colectiva de forma que las decisiones mayoritarias son democráticas solo cuando son respetadas ciertas condiciones que protegen el status y los intereses de cada ciudadano como compañero plenamente integrado en esa empresa. Desde el punto de vista del “compañerismo”, una comunidad que ignora repetidamente los intereses de alguna minoría u otro grupo deja por ello de ser democrático incluso cuando elija sus representantes por medios impecablemente mayoritarios”. En sentido similar, Vatter (1996, p. 36) afirma: ““La democracia como puro procedimiento carece de un contenido sustancial: no asegura que las normas del orden social tengan que ser justas o equitativas, que expresen el interés común, sino tan solo que quienes viven bajo su sujeción hayan participado en su creación”.

<sup>46</sup>García Roca (1999, p. 106) ofrece la siguiente definición de democracia constitucional: “La democracia constitucional no puede construirse únicamente sobre el correlato entre sufragio universal, principio mayoritario y representación, es un sistema complejo que requiere de la interrelación de un conjunto de principios de inspiración garantista. El principio mayoritario mantiene una relación dialéctica con la tutela de las minorías políticas; una razón que atempera a la mayoría y de la que se extraen reglas organizativas: la posibilidad de la alternancia, la temporalidad de los cargos electivos – según anunció ya Locke en *Two treatises of Government* en 1690 -, y un amplio reconocimiento de los derechos y garantías de las minorías. Hablar de democracia es hablar de una «organización del poder político – dice BALDASARRE- basada en los valores de la libertad individual».

<sup>47</sup> Cf. Aragón Reyes, 1989.

medios en apariencia democráticos la voluntad de la mayoría procedimental podría eliminar los límites materiales que configuran el Estado democrático: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el sistema representativo, el pluralismo político, la división de poderes, etc. La democracia debe operar bajo la regla de la mayoría moderada, es decir, respetando los derechos y libertades de la minoría (SARTORI, 2007, p.32).

En la democracia constitucional, soberanía popular y derechos fundamentales son elementos interdependientes. En lo que aquí interesa destacar, es indudable el nexo existente entre la democracia política y el derecho fundamental de participación política para la formación de la voluntad popular. Ésta solo podrá formarse libremente si junto a los derechos de participación política se garantizan igualmente los derechos fundamentales de libertad. Por último, es esencial constatar la eficacia de los derechos fundamentales como límites sustanciales a la mayoría procedimental. Aquí de nuevo la doctrina se enfrentará sobre si mayorías reforzadas, *hipermayorías* si se quiere, pueden o no decidir sobre los principios y normas fundamentales que conforman el núcleo vital democrático.

La regla de la mayoría y la representación como esencia de la democracia procedimental son “*convenciones dotadas de idoneidad*” para la normativización de las decisiones vinculantes en el Estado constitucional democrático. Junto a tales convenciones se hace imprescindible, para instituir un sistema que pueda ser calificado como esencialmente democrático, reforzar las garantías constitucionales a los límites constitucionales aludidos anteriormente: el principio de igualdad y los derechos fundamentales en sus diferentes dimensiones. (PRIETO SANCHÍS, 2009, p. 138)

#### **1.2.4. La regla de la mayoría.**

La democracia como idea de gobierno precisa para garantizar su propia supervivencia de la adopción de normas colectivas. Normas colectivas que deben cumplir con el objetivo lógico de ser justas y eficaces en base a los principios de justicia comúnmente aceptados en la constitución política<sup>48</sup>. La justicia y equidad de la norma

---

<sup>48</sup> En este sentido, Rawls (1997, pp.440-1) afirma: “Debemos recordar que en la convención constituyente el objetivo de las partes es encontrar, entre las constituciones justas (aquellas que reconocen el principio de igual libertad), la que tenga mayores probabilidades de conducir a una legislación justa y eficaz, en

conlleva la obligatoriedad de su cumplimiento. La justificación de la obligatoriedad debe basarse en una regla procedimental que cumpliendo con los requisitos de justicia y equidad legitime *a posteriori* el proceso de creación de la norma<sup>49</sup>. Este procedimiento presupone la legitimidad y, consecuentemente, la obligación de acatamiento de la norma en base al deber natural del ciudadano de actuar conforme a la ley. Un deber que, por su preeminencia moral, imposibilita que de toda injusticia de la ley se derive directamente un derecho de resistencia a ella<sup>50</sup>.

Sartori (2007, p. 110) ofrece una definición plausible de la utilidad de la regla de la mayoría en democracia al decir que “la democracia es el mando de la mayoría si por mayoría se entiende que la democracia se somete, en la toma de decisiones, a la regla mayoritaria”. Entre los primeros autores defensores de la regla de la mayoría se encontraba Rousseau<sup>51</sup>. En efecto, éste consideraba que una vez constituida la sociedad y firmado el contrato social, que exigía unanimidad entre todos los firmantes, la regla básica de gobierno sería la regla de la mayoría. El problema estriba en que Rousseau consideraba que el gobierno debería corresponder directamente a los gobernados, generándose identidad de sujeto entre estos y aquellos (democracia identitaria). La idoneidad de la regla de la mayoría se circunscribía al modelo de democracia directa defendido por el abogado ginebrino. Para éste la representación no era posible por cuanto la soberanía no admitía delegación alguna en su ejercicio<sup>52</sup>. Pero hoy día la

---

vista de los hechos generales en relación a la sociedad en cuestión. La constitución es considerada un procedimiento justo, mas imperfecto, estructurado para garantizar un resultado justo en la medida en que las circunstancias lo permitan. Es imperfecto porque no hay ningún proceso político factible que garantice que las leyes promulgadas según sus parámetros serán justas”.

<sup>49</sup>En este sentido, Rawls (1997, p. 437) afirma: “Es evidente que no hay ninguna dificultad para explicar porque debemos obedecer a leyes justas promulgadas en la vigencia de una constitución justa. En ese caso, los principios de deber natural y el principio de equidad definen los deberes y las obligaciones relevantes. Los ciudadanos en general están obligados, en virtud del deber de justicia, y aquellos que asuman cargos destacados, o aprovechar ciertas oportunidades de promover sus intereses, tienen, además de ello, obligación de hacer su parte según el principio de equidad”.

<sup>50</sup>A este respecto, Rawls (1997, p. 442) afirma: “[...] es evidente que nuestro deber o obligación de aceptar los acuerdos existentes puede ser nulo en algunos casos. Esas exigencias dependen de los principios de lo justo, que pueden justificar la no obediencia en ciertas situaciones, llevándose en cuenta todo. La justificación de la no obediencia depende del grado de injusticia de las leyes y las instituciones. Las leyes injustas no están todas en el mismo nivel de igualdad, valiendo lo mismo para políticas e instituciones”.

<sup>51</sup>De entre los defensores de la regla de la mayoría destaca Kelsen (2000, p. 410) quien afirmó que: “La idea subyacente al principio de la mayoría es la de que el orden social debe estar en concordancia con el mayor número posible de sujetos y en discordancia con el menor número posible de sujetos. Como libertad política significa acuerdo entre la voluntad individual y la colectiva expresada en el orden social siendo el principio de la mayoría quien asegura el grado más alto de libertad política posible dentro de la sociedad”.

<sup>52</sup>Rousseau (2012) asimiló la representación a la esclavitud en los siguientes términos: “No entiendo por ello que haya de haber esclavos, ni que sea legítimo el derecho de esclavitud, supuesto que he probado lo

inmensa mayoría de las democracias son representativas. De ahí que deba concretizarse si la regla de la mayoría es aplicable a la representación aunque el concepto de soberanía sea roussoniano<sup>53</sup>.

Los críticos de la democracia consideran que ésta es la dominación inevitable de la minoría sobre la mayoría. De entre ellos destaca Gaetano Mosca, para quien la democracia es poco menos que una utopía<sup>54</sup>. En su opinión, la historia de la convivencia humana es la historia de una minoría dominante, la clase política o dirigente, sobre una mayoría dominada. La primera monopoliza el poder, disfruta de sus ventajas y al propio tiempo garantiza la subsistencia del sistema en el que ejerce la dominación<sup>55</sup>. La conservación del poder por la clase política se logra al proveer a las masas dominadas los instrumentos procedimentales que garanticen tanto la subsistencia del sistema como los medios materiales mínimos que posibiliten el sostenimiento físico de los dominados.

La desigualdad política entre unos y otros conlleva la imposibilidad práctica de vivir en democracia. Si ésta precisa de la igualdad política para su existencia, la imposibilidad de los dominados para acceder al poder determina la inexistencia de aquella. Esta posición tuvo otros adeptos que coincidieron con el criterio general de la dominación de la mayoría por una minoría o élite que elimina cualquier atisbo de igualdad política<sup>56</sup>.

Estas teorizaciones presentan como característica única un hecho que ha acontecido siempre en la historia de la humanidad: las desigualdades de poder y, consecuentemente, las desigualdades políticas entre los miembros de una comunidad. Niegan igualmente un hecho clave de gran relevancia: la democracia es realidad e ideal,

---

contrario: indico tan solo los motivos por que los pueblos modernos, que se creen libres, tienen representantes, y hago ver porque razón los pueblos antiguos no los tenían. De todos modos, en el instante en que un pueblo nombra representantes, ya no es libre; deja de existir”.

<sup>53</sup> “La soberanía no puede ser representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada: consiste en la voluntad general, y la voluntad no se representa, porque o es ella misma, o es otra; en esto no hay término medio. Luego los diputados del pueblo no son ni pueden ser sus representantes: son tan solo sus comisarios, y no pueden determinar nada definitivamente”. (ROUSSEAU, 2012)

<sup>54</sup> Cf. Mosca, 1.984.

<sup>55</sup> “Sería ingenuo creer que los regímenes liberales, en conformidad con la fórmula política que los justifica, se apoyen en el consentimiento explícito de la mayoría numérica de los ciudadanos, porque, [...], en las elecciones la lucha se desarrolla entre los diversos grupos organizados, que poseen medios para influenciar a la masa de los electores desorganizados, a los que no queda más que escoger entre los poquísimos representantes de estos grupos”. (MOSCA, 1.984, p. 275-6)

<sup>56</sup> Marx, Lenin, Gramsci, Pareto y Michels son claros ejemplos de la imposibilidad de vivir en democracia, si bien sus posiciones al respecto estaban influidas en su contenido por evidentes diferencias ideológicas.

hecho y aspiración. Y como tal precisa ser construida en base a una regla procedimental: la regla de la mayoría que tiene como límite sustancial los principios y derechos fundamentales.

La democracia como procedimiento pretende la minimización de las desigualdades políticas inherentes a cualquier organización política del poder. Para ello debe encontrar una fórmula que posibilite el que la mayoría no disponga del poder de suprimir la conversión de las minorías en mayorías<sup>57</sup>. Y para ello la fórmula procedimental hoy día tenida por más “idónea” es la regla de la mayoría que, aplicada de forma rigurosa y coherente, posibilita la alternancia de gobierno y el cambio de dirección política de la sociedad (BOBBIO, 2000, p.447).

El propósito de la regla de la mayoría ya fue advertido por Hamilton en el s.XIX: evitar la tiranía de la mayoría mediante la distribución del poder por tiempos definidos y posibilitar la conversión de las minorías en mayorías y viceversa. La mayoría en el ejercicio práctico de la soberanía popular debe quedar vinculada por diversos límites entre los cuales destacan los derechos fundamentales. Derechos fundamentales que son vínculos sustanciales y que condicionan el contenido de las decisiones de la mayoría a la conformidad formal y material con aquéllos.

Partir de la idea de que la regla de la mayoría debe respetar vínculos sustanciales es básico. Tales condiciones básicas son las de libertad política, especialmente la que hace referencia a la participación efectiva en los asuntos públicos y la garantía de la igualdad de participación. Esta premisa es *conditio sine qua non* para avanzar en el análisis de la idoneidad de la regla de la mayoría. Esta situación de mínimos no implica automáticamente el que la regla de la mayoría conlleve *per se* la justicia de la norma creada en base a ella<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> En este sentido, Kelsen (1934, p. 412) afirma: “[...] la mayoría presupone, por concepto, una minoría; y el derecho de aquella implica la licitud de la existencia de ésta. De aquí se deriva no la necesidad, pero sí la protección de la minoría contra la mayoría. En todo caso el principio mayoritario no puede identificarse con la idea de un dominio ilimitado de la mayoría sobre la minoría”.

<sup>58</sup> En este sentido, Rawls (1997, p. 444) afirma: “Uno de los aspectos fundamentales del principio de la mayoría es que el procedimiento debe atender las condiciones de justicia de fondo. En ese caso, esas condiciones son las de la libertad política – libertad de expresión e de reunión, de participación en asuntos públicos y de influenciar por medios constitucionales los rumbos de la legislación – y de la garantía del valor equitativo de esas libertades. Cuando ese paño de fondo no existe, no se satisface el primer principio de justicia; todavía, cuando él está presente, no hay ninguna garantía de que será elaborada una legislación justa”.



Mediante la regla de la mayoría se tienen en cuenta las preferencias del mayor número de ciudadanos en el proceso de selección de los representantes que articulan jurídicamente la convivencia en comunidad. Es adecuado suponer que de la discusión de los muchos que ostentan la representación surgirá una norma más justa que aquella proveniente de un número reducido de voluntades o solo una voluntad. El proceso comienza con la elección por la mayoría electoral de sus candidatos preferidos. Ya los candidatos electos resultan ser una minoría en relación al número de electores. De estos candidatos electos y a través del mandato representativo se configura el Parlamento. De este emerge, en los regímenes parlamentarios, el Primer Ministro o Presidente del Gobierno.

En este proceso de conversión de mayoría electoral en minorías de gobernantes no se produce pérdida de legitimidad. Sencillamente, se transforma la voluntad de la mayoría en el gobierno de la minoría propio de las democracias representativas. Esos representantes, a través de procesos deliberativos abiertos y públicos, crean las leyes que rigen la convivencia amparados en la discusión, negociación, consenso y finalmente la aprobación mediante la regla de la mayoría.

La democracia no consiste en la atribución total del poder a las mayorías, sino en la fluctuación de unas y otras gracias a la regla de la mayoría. Ésta ha de posibilitar, en el marco del denominado “principio de alternancia”, que la minoría de hoy pueda convertirse en la mayoría del mañana, evitándose el gobierno ilimitado de una y el ostracismo de las otras. No hay, por tanto, contradicción entre principio mayoritario y gobierno de la minoría. Al contrario. Es necesario que el gobierno de la democracia opere efectivamente en base a una minoría que tiene su legitimidad en el mandato dado por la mayoría de electores.

En definitiva, la regla de la mayoría es la opción más razonable conocida y factible de alcanzar ciertos parámetros de justicia al envolver en el proceso legislativo a los representantes de la ciudadanía y estar sujeta a barreras y límites constitucionales resistentes al poder de reforma constitucional. Sobre ella recae una cierta *presunción de razonabilidad*<sup>59</sup>. Sin embargo, afirmar su presunta razonabilidad no implica obviar los

---

<sup>59</sup> En esta línea, Rawls (1997, p. 444) afirma: “No existe nada, por tanto, que garantice la idea de que la voluntad de la mayoría es correcta. En verdad, ninguna de las teorías de la justicia defiende esa doctrina, sustentándose siempre que el resultado de la votación está sujeto a principios políticos. Aunque en

límites de la obligatoriedad de la norma cuando el resultado del proceso genera una regla injusta. La regla de la mayoría no es un procedimiento perfecto y como tal puede dar como resultado normas que sean injustas<sup>60</sup>.

Ante este posible escenario, se presenta la cuestión de la desobediencia civil como límite a la norma injusta. Una desobediencia civil que no opera como consecuencia directa de la injusticia de la ley sin más. La desobediencia civil precisa de condiciones *a priori* para ser un procedimiento justo. En primer lugar, ha de entenderse que no todas las leyes injustas tienen un grado equivalente de igualdad y justifican sin más el recurso a la desobediencia civil. En segundo lugar ha de admitirse que el sistema democrático, apoyado en la idea de constitución, es por naturaleza imperfecto y por tanto hay espacio para el error y la injusticia en la ley. Si para alcanzar una estructura social bien ordenada se parte de la obligación de respetar la constitución justa en base a los principios de justicia que en ella fueron establecidos, la consecuencia inmediata es el deber de obedecer los procedimientos de aquella. Procedimientos entre los cuales se encuentra la regla de la mayoría. La pregunta clave es: ¿qué tipo de injusticia legitima la desobediencia a la ley en un sistema razonablemente justo? (RAWLS, 1997, pp. 441-3)

La tensión entre la obligatoriedad de la norma legislativa con base en la regla de la mayoría y la legitimidad de la desobediencia se encuentra en el vínculo existente entre democracia y derechos fundamentales. De entre los principios básicos que justifican la desobediencia civil destacan tres. En primer lugar, la opresión continúa de las minorías. En segundo lugar, la desproporción en la asunción de las desigualdades por las diversas clases sociales. En tercer lugar, la vulneración de la libertad de

---

determinadas circunstancias se justifique que la mayoría (adecuadamente definida y limitada) tiene el derecho de legislar, de eso no se deduce que las leyes promulgadas sean injustas. La principal controversia acerca de la regla de la mayoría dice respecto al mejor modo de definirla y la cuestión de saber si restricciones constitucionales son recursos eficaces y razonables para reforzar el equilibrio de la justicia como un todo”.

<sup>60c</sup>“La verdadera cuestión está en saber en qué circunstancias y hasta qué punto estamos obligados a obedecer a acuerdos institucionales injustos. A veces se dice que, en esos casos, no tenemos una obligación de obedecer. Pero eso es un error. La injusticia de una ley no es, en general, razón suficiente para no acatarla, así como la validez jurídica de la legislación (definida por la constitución vigente) no es razón suficiente para concordar con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, comprobándose ese hecho por los medios que las circunstancias vigentes permiten, debemos reconocer leyes injustas como vinculantes, siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. Al intentar discernir esos límites, tratamos del problema más profundo de la obligación y el deber políticos. En ello, la dificultad en parte reside en el hecho de haber, en esos casos, un conflicto de principios. Algunos principios recomiendan la obediencia, al paso que otros nos conducen a la dirección opuesta. Así, las exigencias de las obligaciones y de los deberes políticos deben ser equilibradas por una concepción de las prioridades apropiadas”. (RAWLS, 1997, p.437)

participación política efectiva en los asuntos públicos y su garantía de isonomía, es decir, de equivalencia entre los ciudadanos. De no cumplirse estos requisitos la regla de la mayoría pierde su legitimidad, justificándose su desobediencia<sup>61</sup>.

### 1.3 LOS MODELOS CLÁSICOS DE DEMOCRACIA Y LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

#### 1.3.1 La democracia representativa: orígenes y evolución conceptual.

El origen de la filosofía liberal fue obra principalmente de un clásico del pensamiento inglés, John Locke. Su contribución fue decisiva a la paulatina consolidación de la filosofía liberal y, paralelamente, al surgimiento conceptual de la democracia liberal en las postrimerías del s.XVIII. El desarrollo práctico de su teoría política se asentó sobre la base de una idea radicalmente opuesta a la hobbesiana: si los ciudadanos no confían unos en otros difícilmente podrán constituir una organización social pacífica y productiva. En su teorización estatal, se muestra contrario a la idea de un Estado plenipotenciario y paternalista con la ciudadanía. La razón de ser, el *leitmotiv* estatal es ciertamente revolucionario: el Estado *solo* se justificará si logra la protección de los derechos naturales que a “todo hombre” corresponde. Huelga decir que tales derechos naturales son la propiedad y las libertades individuales<sup>62</sup>.

La solución propuesta por Locke para lograr la convivencia social fue la creación de un doble pacto. Un primer acuerdo de un número suficiente de hombres libres e iguales entre sí da lugar al nacimiento de una comunidad bajo la forma de persona de naturaleza colectiva productora de normas jurídicas. Un segundo pacto crea una sociedad política para el gobierno de los hombres mediante la decisión de la mayoría. Los hombres constituyen la sociedad y consecuentemente legitiman la acción del gobierno, pudiendo ser revocable de no conseguirse los objetivos considerados

<sup>61</sup> “Uno de los aspectos fundamentales del principio de la mayoría es que el procedimiento debe atender las condiciones de justicia de fondo. En ese caso, esas condiciones son las de libertad política – libertad de expresión y de reunión, de participación en asuntos públicos y de influenciar por medios constitucionales los rumbos de la legislación – y de la garantía del valor equitativo de esas libertades. Cuando ese paño de fondo está ausente, no se satisface el primer principio de justicia; con todo, cuando está presente, no hay garantía de que una legislación justa resulte de ello”. (RAWLS, 1997, pp.443-4)

<sup>62</sup> En este sentido, Hermosa (1990, p. 205) afirma: “Según Locke, los individuos son naturalmente libres e iguales, dice, imitando a Hobbes, pero este último predicado carece de todo contenido al hallarse subsumido en el anterior: los individuos son iguales en cuanto libres; es decir, cada uno puede regular su conducta como quiera en función de su conservación, pero siempre dentro de los límites fijados por la ley natural”.

prioritarios por la sociedad civil. Los gobernantes son representantes de los ciudadanos y depositarios de la soberanía popular, no titulares supremos. (BRANDÃO, 2007a, p. 237)

Este revolucionario escenario político se cimentó en cuatro premisas esenciales: 1) La titularidad de la soberanía correspondía a una sociedad civil que la cede a un conjunto de gobernantes; 2) La posible revocación de los dirigentes en caso de no lograr los objetivos marcados por la Sociedad. Esta mutación en el ejercicio de la soberanía – la delegación revocable – trajo consigo la aparición del concepto de la representación como esencia de la democracia liberal; 3) El sufragio censitario, de forma que solo serán titulares del derecho de participación política aquéllos que tuviesen responsabilidades sociales – fuese por las funciones ejercidas o por la propiedad – y pagasen un determinado monto impositivo; 4) La designación de los representantes entre los ciudadanos más aptos; 5) La incipiente limitación de los poderes. (MIRANDA, 2010a, p. 376)

La titularidad última de la soberanía por el pueblo requiere inexcusablemente de un cambio en la concepción del ejercicio del poder estatal. Si el Estado es el garante de los derechos, ha de evitarse que la apropiación de todo el poder por éste dé lugar a tentaciones limitadoras de los derechos naturales. La preservación de los mismos requirió de la invención de mecanismos de división y control del poder. Fue Locke quien avanzó la teoría de la separación de poderes en el marco de un gobierno constitucional. Los dos estamentos sociales beneficiados directamente son la nobleza y la ascendente burguesía quienes, a través de un pacto, se repartirán los órganos políticos del Estado. El ciudadano común queda totalmente apartado del ejercicio del poder. El Poder Ejecutivo recae en manos del monarca, quien también detenta el Poder Judicial. El Poder Legislativo queda en manos de una Asamblea parlamentaria controlada por completo por la burguesía. El fundamento de la participación política continúa siendo el propio del antiguo régimen: el poder económico. (TORRES DEL MORAL, 1975, p. 162; VIRGALA FORURIA, 2013, pp. 14-5)

La idea de consenso como legitimación del ejercicio de la soberanía hace de los ciudadanos protagonistas del acto constitutivo de la sociedad política. Constituida la sociedad, su construcción corresponde a los representantes investidos por el pueblo de autoridad en la toma de decisiones. La autoridad delegada en los representantes estará

condicionada a la preservación de los derechos naturales de los hombres. Si el Estado violara tales derechos la ciudadanía podría ejercer un derecho que forma parte del *pactum constitutione*: el derecho de resistencia. (BRANDÃO, 2007a, pp.237-8)

El legado de Locke puede considerarse polifacético al ser origen de varias premisas configurativas de la moderna democracia representativa liberal. A él se debe la mutación del *leitmotiv* del Estado moderno: la protección de los derechos naturales de los ciudadanos. Para proteger los derechos el Estado se configura con base en la separación de poderes. Son los ciudadanos – con las limitaciones ya vistas - los titulares últimos de la soberanía. El ejercicio de la soberanía corresponde a los representantes del pueblo, que pueden ser removidos por los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones caso de no protegerse sus derechos. La regla procedimental en la toma de decisiones es la regla de la mayoría. La idea central, en definitiva, es que el poder político debe limitarse mediante la separación de poderes y su ejercicio a través de la representación debe poder ser revocable.

La teorización de Locke, aun siendo relevante, es solo el punto de partida de la moderna democracia liberal-representativa. Una lectura detenida de sus aportes revela, por omisión explícita, las diferencias en relación al modelo actual de la democracia representativa: a) La ausencia de competición partidista; b) La inexistencia de isonomía jurídico-política entre los varones; c) La exclusión total de la mujer, que sigue siendo invisible en su dimensión pública; y d) La inconveniencia del sufragio universal. Si bien el modelo era *representativo*, no era suficientemente democrático. Una representación, dicho sea de paso, ejercida frente al Monarca, detentor del poder Ejecutivo y con afán eminentemente favorecedor de la ascendente sociedad burguesa.

Tampoco puede darse por válido hoy día el concepto de soberanía de Locke. Su ejercicio estaba reservado a una mínima parte de la población habilitada para participar políticamente. En los inicios de la ideología liberal la representación contenía un vicio de origen según los parámetros actuales. Solo eran aptos para ejercer la representación política los ciudadanos varones, adultos y propietarios. El resto de la sociedad estaba privada de participación política.

En aras a completar la teoría de división de poderes de Locke y la idea de representación como elemento central de la incipiente democracia liberal del s. XVIII,

es obligatorio hacer una referencia a la obra de Montesquieu. Fue el autor francés el primero en sujetar a la monarquía absoluta a una crítica científica tomando como base las instituciones inglesas, las libertades constitucionales que allí definían la vida política para así erigir un nuevo modelo de sociedad política sobre dos pilares inamovibles: la libertad y la organización racional del poder. El marco intelectual utilizado para ello será su obra “*El Espíritu de las Leyes*”<sup>63</sup>. (BONAVIDES, 2008, p. 271; MIRANDA, 2010b, pp. 386 y ss)

El barón y juez francés parte de un análisis similar a Hobbes y Locke sobre la condición humana. El ser humano es, dijo Montesquieu, esencialmente egoísta y opresor cuando detenta el poder. Si se quiere conservar la libertad y seguridad y evitar la tiranía del fuerte sobre el débil es preciso distribuir en varios órganos el ejercicio del poder estatal. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial ejercen la función de limitación y contrapoderes unos de los otros, evitando la opresión y garantizando la libertad de los individuos.

Junto al perfeccionamiento de la teoría de la división de poderes se debe a Montesquieu la idea primaria de representación como *conditio sine qua non* de la democracia moderna. El hombre, dijo este, tiene el derecho de gobernarse por sí mismo y para ello el pueblo debe tener el poder de legislar. Pero el pueblo no cuenta con la capacidad y el conocimiento de los hechos que se precisa para gobernar. Por ello precisa de representantes que salven las dificultades procedimentales y de capacidad que aquél no es capaz de superar. El pueblo carece de la idoneidad para discutir los asuntos políticos propios de las sociedades modernas. Y por ello la participación política de los ciudadanos debe limitarse a elegir a representantes en base al principio de capacidad<sup>64</sup>.

Surge pues una nueva idea de representación perfilada en base a dos caracteres esenciales: 1) La representación no está por más tiempo basada en el mandato imperativo. El representante actúa en nombre del representado pero, y esta es la principal novedad, en base a su propio criterio y con independencia respecto a aquél; 2)

---

<sup>63</sup> En este sentido, Gonçalves Ferreira Filho (2001, p. 13) afirma: “[...], en el espíritu de las leyes está el propio germen de la llamada democracia “moderna”. Es la idea del gobierno por representantes escogidos por el pueblo”.

<sup>64</sup> En esta línea, Aguiar de Luque (1977, p. 22) afirma: “Participación, por tanto, a través de unos representantes, es lo que Montesquieu considera acorde con el grado de desarrollo de los pueblos de su tiempo, criterio en el que abunda desde una perspectiva técnica, ya que las dimensiones de los estados modernos tampoco «permiten que el pueblo tenga el poder legislativo»”.

El representado escoge al representante mediante el mecanismo de las elecciones. (GONÇALVES FERREIRA FILHO, 2001, p.14)

Si bien es cierto que su defensa de la libertad mediante la distribución de poderes es plausible, no por ello está exenta de posibles críticas. El error de la teorización de Montesquieu reside en el propio concepto de libertad como motor de la organización social. Decía este que la libertad «es el derecho a hacer lo que la ley permite». El marco de desarrollo vital de los ciudadanos es la ley, paradigma sagrado e inamovible por la sociedad. A diferencia de Locke, y aquí está la carencia democrática, no atribuye al ciudadano la posibilidad de controlar al representante removiéndolo de su cargo. La representación no implica la atribución en última instancia de la soberanía al pueblo mediante la revocación de sus dirigentes<sup>65</sup>.

### **1.3.2 La democracia liberal de finales del s. XVIII: el desarrollo del gobierno representativo.**

Garantizar la protección de la libertad a través del control y limitación de los poderes requería desarrollar un nuevo paradigma: la igualdad formal del ciudadano frente al Estado y sus semejantes. Fueron James Madison y posteriormente Mill y Bentham quienes diseñaron los mecanismos elementales de la democracia liberal-representativa: el voto secreto, la periodicidad en las elecciones de los representantes y la competencia partidista. A través de estos institutos la participación política fue adquiriendo sus notas elementales como principio de naturaleza democrática tendente a atribuir al ciudadano el control de las decisiones políticas de los representantes.

Madison, en su teorización sobre la idoneidad del gobierno representativo parte de una posición crítica frente a las denominadas democracias clásicas o de identidad entre gobernantes y gobernados. Para el autor americano esta forma de gobierno debe ser descartada por su inestabilidad, intolerancia e injusticia empíricamente demostrada. Su espíritu pretendidamente igualitario en el ejercicio de la participación política esconde en realidad una forma de gobierno en la cual no hay lugar para el disenso, la confrontación de opiniones y la búsqueda del consenso. El peligro para la estabilidad del gobierno está en la existencia potencialmente peligrosa de «facciones».

---

<sup>65</sup> Cf. Held, 2009, p. 111.

El Estado debe garantizar la libertad individual mediante la relativización de las tendencias potencialmente dominadoras de las diferentes facciones existentes en la sociedad. Y debe hacerlo organizándose de acuerdo a principios representativos que permitan a los ciudadanos no solo participar de los procesos decisorios mediante la elección de los representantes, sino también a través del cambio de los mismos. Elección, control de la acción de los representantes y sustitución son condiciones esenciales de la democracia representativa liberal<sup>66</sup>. Sin embargo, la participación política estaba restringida a gran parte de la sociedad “gracias” al sufragio censitario en manos de los varones adultos y propietarios.

Quedaba otra amenaza por resolver para el logro de la estabilidad gubernativa: evitar la tiranía de las mayorías. Las «facciones» pueden tornarse mayoritarias y acabar menospreciando la defensa de los intereses ajenos. La solución estriba en adoptar las siguientes disposiciones constitucionales: la representación política y la extensión del cuerpo electoral.

La representación operará bajo la lógica de la elección por el cuerpo electoral de un grupo de representantes que actúan de acuerdo a su propio juicio y competencias en la consecución de los intereses comunes de los electores<sup>67</sup>. La independencia de criterio de los representantes y la mediación entre estos garantiza el debate y perfeccionamiento de las ideas de los diversos grupos de intereses presentes en la

---

<sup>66</sup> En esta línea, Rivero (2009, p. 211) afirma: “Las condiciones de las nuevas repúblicas hacían necesario que la participación de los ciudadanos en el gobierno fuera no directa sino indirecta. Y esto ahora ya no se veía como pérdida sino como ganancia. La distancia entre gobernantes y gobernados, una distancia no absoluta, puesto que éstos últimos retenían la capacidad de control sobre los primeros a través de las elecciones, se contempló como una fuente de la que brotaban innumerables ventajas: quedaba conjurado el peligro de la tiranía de la mayoría y el del ejercicio pasional de la política, se reforzaba la deliberación política y se mejoraba así el juicio político, y, por último, se posibilitaba la orientación de la acción política en la dirección de un bien común situado por encima de todos los bienes particulares, mayoritarios o no. La democracia representativa era, pues, ejercicio «delegado» de la soberanía popular, orientado hacia un presunto bien común”.

<sup>67</sup> En esta línea, Porras Nadales y Vega García (1996, p. 10) afirman: “La noción moderna de representación política, surgida tras la superación histórica de los modelos estamentales medievales, implicaba la aparición de un mecanismo orientado a la determinación de los intereses generales de la comunidad, organizado sobre dos premisas fundamentales: primera, la formación de un espacio socio territorial amplio, definido y relativamente homogéneo, el de los Estados-nación; y segunda, el entendimiento de la propia política como una esfera autónoma, o relativamente separada, de determinación de intereses generales, al margen del círculo patrimonial del ancestral *dominium*. [...] Ahora bien, la configuración histórica real de la representación no se ajustará a la construcción de la voluntad general en el sentido de Rousseau, y el concepto de representación pasará a entenderse desde entonces como mecanismo de carácter político, a través del cual se asigna a los representantes la función de ser expresión y ritualización de la opinión pública, es decir, de la voluntad política «ideal» de la nación o del pueblo”.



sociedad. De esta forma se corrigen los excesos de la mal llamada *democracia pura*. En opinión de Madison, la carencia de mediación y debate acaba por negar los intereses minoritarios. Pero la representación por sí misma no corrige completamente las tendencias tiránicas de la mayoría. Es preciso ampliar el cuerpo electoral incluyendo a las diversas capas de la sociedad.

A pesar de la indudable contribución de Madison a la consecución de la estabilidad gubernativa mediante la representación y la alternancia en el ejercicio de poder, su teorización de la democracia tenía por pilar fundamental la defensa de un derecho *natural* a la propiedad privada. Evitar la «tiranía de la mayoría» tenía por finalidad encubierta evitar que las mayorías acabasen con el *status quo* imperante en favor de la clase privilegiada: los propietarios de la tierra.

Fue John Stuart Mill, en su obra *Sobre la Libertad*, el teórico que en mayor medida contribuyó al desarrollo de la democracia liberal. El pensamiento de Mills giró en torno a dos elementos centrales: la libertad individual como motor del desarrollo humano y la participación política de hombres y mujeres para el logro de una ciudadanía informada, activa e interesada en el gobierno. Al igual que Madison, Mills defendió el ejercicio práctico del gobierno mediante el mecanismo de la representación. Descartada la democracia directa por el tamaño y complejidad de los intereses existentes en la sociedad moderna, el gobierno democrático debe recaer en un sistema representativo producto del voto popular mediante el mecanismo de elecciones periódicas.

La participación política debe ser necesariamente limitada por la complejidad y el tamaño inherentes a la sociedad moderna. Hombres y mujeres tuvieron por primera vez en la Historia derecho de sufragio, si bien no igualitario. El sistema de voto propuesto por Mill fue un sistema de voto plural en el cual aquellos que acrediten una instrucción mayor, el llamado *estatus ocupacional*, tendrían una mayor participación en la conformación del gobierno. (HELD, 2009, p.133)

Gobernar eficientemente requería a su vez de la *especialización* del trabajo. Al Parlamento le corresponde el control y crítica de la acción gubernamental. Es el centro de discusión, consenso y racionalización de las demandas sociales. Sin embargo, la dirección real de los asuntos públicos gira en torno a un núcleo reducido de dirigentes

dotados de una capacitación especial. La teoría de Mills comparte sin duda identidad con el concepto platónico de *democracia aristotélica* en manos de un grupo de elegidos. (LÓPEZ GARRIDO *et al*, 2000, pp. 576-7)

En definitiva, Mills justificó la democracia representativa bajo el argumento de que esta fórmula política, en el marco de un Estado mínimamente intervencionista, posibilitaba la consecución del mayor de los valores que el hombre puede alcanzar en su vida en sociedad: la libertad individual. La participación tenía la función de asegurar la protección de los intereses privados de los ciudadanos. No había espacio en este contexto para la idea de bien común. La satisfacción de los intereses privados de cada ciudadano conduciría por si sola al bien general. (PATEMAN, 1992, p. 32)

La democracia liberal representativa que surge en el s. XVIII únicamente adquirirá su forma actual con la garantía de isonomía política entre hombres y mujeres. La democracia representativa descansa sobre un conjunto de procedimientos e institutos como las elecciones libres y competitivas y el sufragio universal igualitario y directo que garantizan a la ciudadana la participación en la selección y control de los representantes. Igualmente, derechos y libertades individuales como la libertad de expresión, el derecho de asociación y la garantía de pluralismo político a través de los partidos completan el modelo institucional básico de la democracia representativa actual.

### **1.3.3 La democracia directa: el resurgir en la edad moderna.**

De la misma forma que la democracia representativa tuvo sus principales referentes teóricos en Locke, Montesquieu, Mill y sobre todo Madison, la democracia directa tuvo como principal defensor a Rousseau. No es posible entender los principios esenciales de la democracia directa en su concepción moderna sin analizar el pensamiento político del ilustre abogado ginebrino<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup>En esta línea, Aguiar de Luque (1977, p. 3) afirma: “Desde una perspectiva clásica, la democracia directa consistía en la plena participación del ciudadano en las tareas políticas, a través de los debates públicos que se desarrollaban en el Ágora griega. Allí, los problemas se resolvían mediante el consenso general, y el ciudadano ocupaba los dos polos de la relación de poder en ese paradigma dialéctico que siglos más tarde reelaboraría JUAN JACOBO ROSSEAU”.

El objetivo de Rousseau es la organización de la sociedad y del poder de forma moderada y estable. Para ello partió de la idea de estado de naturaleza como estadio anterior a la sociedad civil. Pero, y a diferencia de Hobbes, Rousseau no articuló su teoría en base al pesimismo antropológico de aquél sintetizado en la máxima “*homo Hominis est sed lupus*”. El hombre es libre y esencialmente bueno por naturaleza y es capaz de convivir en armonía en sociedad y de disfrutar pacíficamente de los derechos naturales que le corresponden. Su principal preocupación fue articular un orden político que tuviese legitimidad de origen y ejercicio.

En el *Contrato Social* pretendió reorganizar la sociedad en base a un nuevo modelo que eliminase las desigualdades generadas por la entronización del derecho de propiedad en las relaciones entre los hombres. Efectivamente, y hasta entonces, era la propiedad el derecho que posibilitaba la conversión del individuo en ciudadano detentor de derechos de participación política.

Si los hombres son libres e iguales en derechos se asociarán si con ello contribuyen a mejorar sus condiciones de vida. Ese es el propósito del pacto social de Rousseau (2012), sintetizado en la idea de “encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes”. La voluntad general es producto de las voluntades libremente expresadas por todos y cada uno de los ciudadanos. Mediante ella y a través de ella el ciudadano conserva su libertad y ejerce directamente la soberanía popular. A diferencia de la democracia representativa, aquélla solo se materializa cuando es ejercida directamente por los ciudadanos. No cabe la intermediación de representantes aglutinados en facciones ni partidos. En la teoría democrática de Rousseau no hay separación entre gobernantes y gobernados. La existencia de democracia requiere inexcusablemente que la soberanía sea directamente ejercida por el ciudadano o, de lo contrario, no habrá soberanía popular<sup>69</sup>. (BRANDÃO, 2007a, pp. 244-5; CRUZ, 2010, p. 210; LÓPEZ GARRIDO *et al*, 2000, p. 574)

---

<sup>69</sup> En esta línea, Vega (2007, pp. 16-7) afirma: “Como es de sobra conocido, fue Rousseau quien, al llevar hasta sus últimas consecuencias la doctrina del pacto social, estableció con claridad la separación y la distancia entre el principio político democrático y la teoría limitadora del poder expuesta por Montesquieu, en la que a la postre se encuentran los precedentes y fundamentos más sólidos sobre los que se elaboró luego la concepción de la Constitución como ley suprema. El razonamiento de Rousseau es contundente y claro: porque el pueblo es soberano y porque la soberanía es inalienable, el pueblo sólo

El rechazo de la democracia representativa trae causa de la imposibilidad que una Asamblea elegida por el pueblo represente la voluntad general. El único modelo legítimo de democracia será el que surja de la participación directa por el pueblo<sup>70</sup>.

Respecto a la aplicabilidad de su modelo de democracia el autor ginebrino es consciente de las dificultades prácticas en los nacientes Estados modernos<sup>71</sup>. Rousseau pensaba en Estados de estructura federal que por su grado de atomización fuesen más idóneos para la participación directa. En palabras del propio autor, sería más fácil aplicar la participación directa en estados “pequeños y pobres”. (GONÇALVES FERREIRA FILHO, 2001, p. 12)

No hay duda sobre la coherencia del modelo de Estado propuesto por el autor francés y la razonable justificación de la idoneidad de la participación directa como mecanismo de materialización de la voluntad general y la soberanía popular. Con Rousseau el principio de soberanía popular, en palabras de Aguiar de Luque (1977, p.27) “no queda reducido a una mera declaración sino, en cierta medida, el principio generador de un derecho subjetivo a participar en la aprobación de las leyes”.

Cabe concluir afirmando que Rousseau puede ser considerado el principal teórico de la participación como cauce posibilitador del ejercicio de la soberanía por el pueblo. Aquella deja de ser un mero mecanismo complementario de la defensa de los intereses privados para convertirse en un dispositivo maximizador de la influencia de la ciudadanía en la toma de decisiones colectivas. Pero las ventajas de la participación no se agotan aquí. También genera un efecto psicológico sobre aquellos que participan, una suerte de vinculación entre las instituciones y los ciudadanos que interactúan dentro de ellas potenciando sus capacidades y actitudes. (PATEMAN, 1992, p. 35).

---

debe obedecerse a sí mismo, ejercitando directa o inmediatamente el poder político. Lo que significa que la única democracia concorde con las exigencias del contrato social, es la democracia directa o de la identidad, [...]”.

<sup>70</sup> En esta línea, Aguiar de Luque (1977, p. 26) afirma: “En efecto, si la voluntad general soberana es inalienable y por tanto no se puede ejercitar a través de unos representantes, la única posibilidad es que todos los ciudadanos participen directamente en formalizar su expresión, esto es, la participación directa en la formación de leyes. Con ello se formula por primera vez teóricamente la necesidad lógica de la participación directa como condición indispensable del único orden político legítimo, el democrático”.

<sup>71</sup> En esta línea, Bobbio (2007, p. 61) afirma: “La asamblea de los ciudadanos, la democracia que tenía en mente Rousseau, es una institución – como por lo demás el propio Rousseau sabía muy bien- que puede existir únicamente en una pequeña comunidad, como era la del modelo clásico por excelencia, la Atenas de los siglos V y VI, cuando los ciudadanos eran unos cuantos miles y su asamblea – tomando en cuenta los ausentes por voluntad o por fuerza – se podían reunir todos en el lugar convenido [...]”.

Analizados los significados históricos de la democracia representativa y directa, puede concluirse que son tan variados que no resulta apropiado exponer el problema en términos dicotómicos. Una lectura más adecuada sería entender el problema del tránsito de uno a otro modelo como un *continuum* de perfiles indefinidos en el que no hay una línea clara que marque el fin de una y el inicio de otra. Cada una de ellas podría servir a necesidades y situaciones bien diferenciadas funcionalmente compatibles. Ninguna de las dos por separado resulta suficiente para encarar los desafíos y problemáticas de las complejas sociedades democráticas actuales. Ambos sistemas, lejos de ser antagónicos, pueden integrarse y complementarse recíprocamente dando lugar a un modelo democrático integral y superior a ambas opciones por separado. (BOBBIO, 2007, p.60)

Si bien no es posible hoy día prescindir de la democracia representativa por las razones anteriormente aducidas – complejidad social, tamaño y población del Estado, tecnicidad de la agenda política –, no es menos cierto que puede derribarse el antagonismo entre los modelos clásicos anteriormente analizados mediante el reconocimiento de instituciones que refuercen el gobierno popular y hagan del mismo un punto de encuentro entre la «democracia directa de los antiguos» y la «representativa de los modernos». La tan denostada alienación política de la voluntad popular sería tan solo parcial. Las ventajas de este modelo son evidentes: la soberanía popular permanecería en la ciudadanía al poder pronunciarse sobre el gobierno de las cuestiones esenciales de la vida pública. *Tan solo* habría que garantizar la eficacia material, no solo formal, de los mecanismos de participación propios de la democracia directa y semidirecta: el referéndum y la iniciativa legislativa popular. Mecanismos que adecuadamente regulados otorgan a la ciudadanía un poder decisorio real. (BONAVIDES, 2000, p.355; PÉREZ MONEO AGAPITO, 2012, p.3)

#### 1.4 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA MODERNIDAD: ORIGEN Y ALCANCE REAL.

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado precedente, la formulación de los presupuestos filosóficos de los dos modelos *clásicos* de democracia originó un enfrentamiento que comenzó en el s.XVIII con la crítica de Rousseau a la teoría liberal

del “contrato social” de Locke y que tuvo por elemento central el concepto ideológico central del liberalismo político: la libertad.

La protección de la libertad, última *ratio* del contrato social, se alcanza de dos formas diametralmente opuestas. Para Rousseau, el hombre será libre únicamente si ejerce directamente la soberanía de la cual es titular exclusivo y supremo<sup>72</sup>. El eje de su teoría democrática es la participación directa del ciudadano en la elaboración de las leyes. Para Locke, el parámetro de legitimación de la ley es la protección de la libertad mediante el criterio de la mayoría. Y para ello se requiere de la transmisión por el ciudadano de la autonomía normativa en favor de un cuerpo de representantes.

Es en el marco del Estado liberal posterior a la revolución francesa donde la participación política comienza a perfilarse jurídicamente. La atribución de la titularidad de la soberanía a la Nación conllevó un cambio radical de paradigma: los derechos naturales del hombre únicamente pueden ser protegidos mediante la atribución de la soberanía a los ciudadanos. El «*imperium*», ahora en manos del legislador, tiene por objeto garantizar que nadie, sino en virtud de la ley general y abstracta producto de la voluntad general, pueda sufrir restricciones en el ejercicio de sus derechos y libertades. Con ello se pone fin a un modelo de sociedad estamental en el que la disgregación del poder, de los derechos y la estructura estamental de la sociedad impedía la garantía de los derechos individuales y la libertad.

La consolidación del liberalismo como doctrina política trajo consigo un cambio de paradigma filosófico: la preocupación fundamental no es tanto la fusión entre gobernantes y gobernados propia de la concepción democrática de los *antiguos*, sino la conservación de la libertad entendida en su etimología moderna. Fue Benjamin Constant quien, en su obra *Escritos políticos* acuñó la célebre expresión «*libertad de los modernos*» en contraposición a la «*libertad de los antiguos*». La libertad de los modernos presupone un espacio de independencia del individuo en relación a los asuntos públicos. Mientras los antiguos reclamaban para sí una participación continua en los asuntos públicos como medio de legitimación del sistema político, los liberales

---

<sup>72</sup> En esta línea, Salazar Benítez (2006, pp.28-9) afirma: “Rousseau consideraba que la soberanía no podía ser representada. Solo la democracia directa podría garantizar el predominio de los intereses públicos sobre los privados. La representación conduce inevitablemente a la presencia de intereses parciales y «facciosos» que rompen la voluntad general y amenazan las libertades de los individuos. Si el ciudadano transfiere a un representante el derecho a autogobernarse, solo será libre durante el momento de la elección”.

modernos abogaron por la participación diferida y limitada a la selección y remoción de los representantes públicos a través de unas elecciones periódicas entendidas como garantía de control de la actuación de los representantes y contención de los posibles abusos<sup>73</sup>.

La elección de los representantes se entendía, en palabras de Presno Linera (2003, p. 38) “[...] como una función que la Nación encomienda a una parte de los ciudadanos para que éstos, en nombre y por cuenta de aquélla, seleccionen a los que van a constituir la voluntad nacional”. Por primera vez en la historia los representantes lo son de la Nación en su conjunto. La representación estamental de la Edad Media dio paso a la representación nacional y el mandato imperativo propio de aquella cedió su lugar al mandato representativo del Estado liberal.

La condición de elector titular del derecho de sufragio activo requería del cumplimiento de unos requisitos de idoneidad establecidos en el marco de la Constitución Francesa de 1791. Primeramente se exigía tener la condición de «ciudadano activo», atribuida tan solo a aquellos que cumplan las condiciones establecidas en la Sección II, núm. 2 del Título III (De los poderes públicos): a) Tener nacionalidad francesa; b) haber cumplido 25 años; c) estar domiciliado en la ciudad o cantón por el tiempo determinado en la ley; d) ser contribuyente; d) no ser criado; e) estar inscrito en el registro de guardias nacionales propios de su domicilio y; f) haber prestado el juramento cívico.

Obtenida la condición de ciudadano activo, la titularidad efectiva del derecho de sufragio activo estaba ligada a la titularidad del derecho de propiedad. Solo eran electores aquellos que acreditasen ser propietarios o usufructuarios de un bien de naturaleza contributiva. La participación política tenía en los comienzos del Estado liberal un carácter meramente funcional de la participación preferencial: la participación social. La participación central tenía carácter individual y estaba centrada en la ampliación de la esfera de dominación social mediante la ampliación de la posición de poder personal. En este escenario la participación política era secundaria y se

---

<sup>73</sup>En este sentido, Presno Linera (2003, p. 35) afirma: “Para garantizar dicho disfrute [*la seguridad en los disfrutes privados de Constant*] y, en consecuencia, el cumplimiento del objetivo de toda organización política, se confiere a unos determinados individuos, los «ciudadanos activos», la misión de elegir a otros, los «electores», que, a su vez, nombrarán a los «representantes de la Nación», quienes ejercerán por delegación de ésta el poder legislativo”.

materializaba a través del sufragio censitario propio del s.XIX. (SÁNCHEZ MORÓN, 1979, pp. 172-3)

La justificación de estas restricciones a la participación política se basaba en el siguiente argumento: si la soberanía nacional es garante de los derechos naturales del hombre<sup>74</sup>, ese objetivo se hacía depender para su consecución de la articulación de la voluntad de la Nación solamente por aquellos que demuestren tener las capacidades necesaria: los ciudadanos activos que además sean propietarios. Electores eran los burgueses acomodados que disponían del “juicio adecuado” para la selección de los representantes de la Nación. (PRESNO LINERA, 2003, p. 40)

La Constitución Francesa de 1793 supuso una tentativa abortada de transformación del sufragio masculino censitario en universal. Esta transformación pareció tener por objeto la conversión de Francia en una verdadera democracia, superando el gobierno meramente representativo. El artículo 29 de la Constitución de 1793 amplió los canales de participación del ciudadano al proclamar que estos tenían un derecho igual a la formación de la ley al tiempo que al nombramiento de sus mandatarios y agentes<sup>75</sup>. Tal tentativa “*universalizadora*” del sufragio desapareció con el advenimiento de la reacción termidoriana. El nuevo texto constitucional instauró nuevamente el sufragio censitario de acuerdo a los intereses de la burguesía girondina.

La consolidación del modelo restrictivo de participación política responde coherentemente a la ideología dominante durante el s. XIX, la liberal, y al modelo de Estado asociado a ella. La doctrina de la soberanía nacional define la libertad individual como un espacio de independencia y autonomía del individuo frente al poder estatal (libertad negativa). El objeto de la ley como expresión de la voluntad general no es otro que restringir al máximo la capacidad de intervención del aparato estatal en la esfera de *independencia natural* de cada individuo. La prevalencia de la libertad civil como esfera de autonomía individual tiene como reverso la relativización de la libertad política o de participación, la libertad positiva, convirtiéndola en un mero instrumento de aquella. (BASTIDA FREIJEDO, 1991, p. 121).

---

<sup>74</sup> Artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

<sup>75</sup> Art. 29 de la Constitución Francesa de 1793: Cada ciudadano tiene el mismo derecho para concurrir a la formación de la ley y al nombramiento de sus mandatarios y agentes.



Si la participación política del conjunto de los ciudadanos en los asuntos públicos no es fundamental, no se precisa el sufragio universal para la conformación de los aparatos estatales. Basta un cuerpo de representantes elegidos mediante sufragio censitario. La representación no obedece en exclusiva al imperativo de una soberanía atribuida a una colectividad ideal o en razón del tamaño y la población de los Estados. En ella también tiene una indudable incidencia el imperativo político de mantener la idea de libertad de los «modernos». (BASTIDA FREIJEDO, 1991, p. 121)

La doctrina de la soberanía popular, por el contrario, se basa en una concepción de libertad ciertamente diferente del modelo de soberanía nacional. Una idea de libertad que afecta a la configuración y naturaleza de la participación política. La libertad para la democracia no consiste en garantizar un espacio de autonomía del individuo inmune a las injerencias estatales. Entendida en sentido democrático, tiene por objeto la obediencia del conjunto de los ciudadanos a sí mismos. Para ello es imprescindible garantizar la participación de todos y cada uno en el poder público.

La libertad política precisa de la implicación directa del conjunto de los ciudadanos a través de la participación de todos y cada uno de ellos en el conjunto de las decisiones vinculantes. Todos los individuos precisan participar en el contenido de la ley, no solo en el sometimiento igual a esta. En caso contrario, no puede decirse que todos son libres e iguales. (BASTIDA FREIJEDO, 1991, p. 123)

La *reconceptualización* de la participación política como elemento básico de la organización y legitimidad estatal requiere de la superación del modelo de Estado liberal y su conversión en Estado democrático. Transformación sobre la base de la conversión del sufragio censitario en universal y la extensión de la participación política a todos los ciudadanos. Una mudanza de paradigma que se refleja en la consolidación de la democracia representativa<sup>76</sup>. La ciudadanía no es un derecho exclusivo de la clase burguesa. Todos los hombres tienen derecho a participar en los asuntos públicos sin distinciones basadas en la riqueza o el grado de instrucción. La soberanía reside en el pueblo y de ella han de surgir los poderes del Estado. Como ya se ha dicho en alguna

---

<sup>76</sup> “En este proceso histórico se irá produciendo al mismo tiempo una superación de la construcción liberal burguesa originaria, donde unos pocos, a través del sufragio restringido o censitario, asumían la representación ideal de la nación mediante una trasposición ideológica de la opinión pública, identificada con la verdad, la justicia y la razón: la lucha por el sufragio universal, por la participación de todos en el proceso político representó así, históricamente, el momento de la realización de la democracia representativa”. (PORRAS NADALES; VEGA GARCIA, 1996, p. 11)

ocasión, no hay democracia si los ciudadanos no participan en clave de igualdad en la formación de la voluntad política. (ASTARLOA VILLENA, 2002, p. 283; SALAZAR BENÍTEZ, 2006, p.24)

### 1.5 PARTICIPACIÓN Y MODELOS DE DEMOCRACIA EN EL SIGLO XXI.

La democracia sigue gozando de amplia aceptación y difusión como régimen político organizador de la convivencia en sociedad, más allá de las lógicas incertidumbres sobre su porvenir expuestas por Bobbio en su clásico *El futuro de la democracia*<sup>77</sup>. Su supremacía como régimen político ha dado lugar a una pluralidad de marcos constitucionales democráticos difícilmente asimilables a un modelo homogéneo.

Como concepto de mínimos, ha de ser entendida como procedimiento para la toma de decisiones políticas de acuerdo a garantías establecidas normativamente<sup>78</sup>. Normas cuya fundamentación responde a los diversos modelos de pensamiento político democráticos □ liberalismo, republicanism y autonomía □ con incidencia en los mecanismos institucionales y las prácticas gubernamentales (LUCHI, 2007, pp. 76 y ss; VIEJO *et al*, 2009, p.39). El pluralismo, valor superior de la democracia, incorpora diversos actores políticos al juego democrático cuyo ideal de organización del sistema político y de la participación obedece a objetivos y diseños institucionales diferentes<sup>79</sup>.

Como se vio anteriormente, el embrión de la actual democracia representativa surge paralelamente al ascenso y consolidación del liberalismo. Su función principal es

---

<sup>77</sup> En esta línea, Bonavides (2000, p. 345) afirma: “En los días actuales, la palabra democracia domina con tal fuerza el lenguaje político de este siglo, que raro es el gobierno, la sociedad o el Estado que no se proclaman democráticos. [...] Pero la democracia, que no es más que un nombre también tras los abusos que la infamaran, ni por ello dejó de ser la potente fuerza conductora de los destinos de la sociedad contemporánea, no importando la significación que quiera dársele”.

<sup>78</sup> En este sentido, Bobbio (2007, p. 14) afirma: “Hago la advertencia de que la única manera de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto contrapuesta a todas las formas de gobierno autocrático, es considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quien* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que *procedimientos*”.

<sup>79</sup> En este sentido, Presno Linera (2003, pp. 45-6) afirma: “La garantía de la participación de los ciudadanos en determinados ámbitos de la organización estatal hace posible la expresión del pluralismo existente en la sociedad y la intervención en el ejercicio efectivo del poder soberano. Sin el reconocimiento y tutela de la participación no hay democracia porque aquella es su fundamento funcional; participación y conformación del status político representan las garantías constitucionales del orden democrático”.

la protección del individuo frente al Estado. Siendo la soberanía nacional su principio referencial, se precisa legitimar el Gobierno y limitar el poder de los gobernantes<sup>80</sup>.

La preocupación central del liberalismo es evitar los abusos de poder y la “tiranía de la mayoría” mediante elecciones periódicas y competitivas de los representantes populares<sup>81</sup>. El autogobierno no es eje central del pensamiento liberal por contrariar el principio básico de Estado mínimo. Favorecer la participación ciudadana implicaría atender las incesantes demandas sociales, alterándose la estructura mínima estatal y dando lugar a un Estado de naturaleza intervencionista contrario a la *trinidad* liberal: propiedad, seguridad y derechos naturales.

En la democracia de corte liberal representativa la participación política ha de supeditarse a la idea de libertad negativa. Tiene carácter voluntario e instrumental, siendo preferentemente electoral. Una mayor participación ciudadana implicaría una sobrecarga del sistema ante la exigencia de satisfacer continuamente las demandas sociales. El resultado sería la desestabilización del sistema y su consecuente disfuncionalidad<sup>82</sup>. La negativa de ampliar los canales de participación ciudadana encuentra otra justificación en la *desconfianza* acerca de la capacidad de comprensión y entendimiento de la realidad política por la ciudadanía. El *demos* es un sujeto incapaz de asumir las responsabilidades de la gestión de los asuntos públicos<sup>83</sup>. Partidos políticos y

---

<sup>80</sup> En este sentido, Luchi (2006, p.76) afirma: “La concepción liberal ve el Estado como guarda de una sociedad de economía. Entonces el Estado, con la administración pública, está al servicio de la sociedad, vista como sistema de mercado a partir de personas privadas. El proceso democrático se realiza como compromiso entre intereses. Tales compromisos son alcanzados con base en los derechos humanos liberales: elecciones universales e igualitarias, composición representativa de las corporaciones parlamentarias, etc”.

<sup>81</sup> Las líneas centrales de la política liberal son definidas por Habermas (1997, p. 19) en los siguientes términos: "En la perspectiva liberal, el proceso democrático se realiza exclusivamente mediante la forma de compromiso de intereses. Y las reglas de formación del compromiso, que deben asegurar la equidad de resultados, y que pasan por el derecho igual y general al voto, por la composición representativa de las corporaciones parlamentarias, por el modo de decisión, por el orden de los negocios, etc., son fundamentadas, en última instancia, en los derechos fundamentales liberales”.

<sup>82</sup> “La tesis de la «sobrecarga democrática» fue formulada, en el contexto de una inmensa movilización política y social, en el célebre Informe de la Comisión Trilateral preparado por M. Crozier, S.Huntington y J. Watanuki en 1975. Según estos autores, la inclusión de grupos hasta entonces excluidos de la vida política había generado demandas sociales «excesivas», que ponían en riesgo la gobernabilidad de las democracias existentes. De lo que se trataba, por tanto, era de realizar una doble operación correctora: por un lado, de los «excesos» en las demandas sociales a través de políticas de ajuste económico, de privatización y de minimización del derecho laboral entonces vigente; por otro, de los «excesos» en la apertura de espacios democráticos, propiciando por el contrario su reducción a la participación periódica en comicios relativamente competitivos y más o menos controlados”. (PISARELLO, 2003, p. 130)

<sup>83</sup> En esta línea, Viejo *et al* (2009, p. 41) afirman: “La implicación política de los ciudadanos se debe limitar básicamente a la participación electoral, la militancia en partidos políticos y asociaciones cívicas, así como la eventual asistencia a manifestaciones autorizadas”.

candidatos se convierten así en los principales protagonistas de la toma de decisiones políticas. Los primeros, canalizando la participación a través de la contienda electoral. Los segundos, asumiendo la representación en base a una presunción de competencia técnica.

La *idoneidad* de la democracia representativa frente a otros modelos de democracia se justifica en tres factores interrelacionados. El tamaño de las sociedades actuales imposibilita el modelo de democracia directa *clásico* haciendo de la representación el único medio eficaz de dirección política. Segundo, la complejidad técnica de la agenda política<sup>84</sup>. En tercer lugar, la incapacidad de la ciudadanía para la adecuada comprensión de los problemas técnicos. Una realidad que los descarta para la toma de decisiones y hace necesaria la selección de un cuerpo de representantes que conformen una “élite” política capacitada<sup>85</sup>.

La representación partidista sería el modelo idóneo para combatir estas circunstancias y proveer un gobierno estable de los asuntos públicos. Los partidarios de la democracia representativa menosprecian la desafección que un mecanismo como la representación política provoca en la ciudadanía. Un grado moderado de apatía es síntoma de buen funcionamiento del sistema<sup>86</sup>. La participación política ha de ser

---

<sup>84</sup>Bobbio (2007, pp. 41-2) afirma en tal sentido: “[...] el proyecto democrático fue pensado para una sociedad mucho menos compleja que la que hoy tenemos. [...] conforme las sociedades pasaron de una economía de mercado a una economía planificada, aumentaron los problemas políticos que requirieron capacidad técnica. Los problemas técnicos necesitan de expertos, de un conjunto cada vez más grande de personal especializado”.

<sup>85</sup>Sermeño (2006, p. 11) sintetiza el concepto “elitismo” propio de la democracia liberal en los siguientes términos: “El elitismo democrático hace referencia, como se sabe, al éxito de una propuesta “procedimental” de democracia que en su concepción sacrifica [...] el contenido y valores de la democracia al reducirla a un método de competencia política entre élites que se disputan el ejercicio del poder (Schumpeter, 1984; Dahl, 1993a). Esto significa que el proceso político es concebido como la lucha competitiva de las élites por los votos de un electorado implícitamente asumido como esencialmente pasivo, ignorante, falto de juicio, que a lo más práctica una consideración instrumental de racionalidad económica; esto es, la transmutación del ciudadano en consumidor, el cual es, para colmo, víctima indefensa de la manipulación conductual más descarada, producto de aplicación de las sofisticadas técnicas de la propaganda comercial. En suma, ésta es una concepción de democracia, nos dice alguna de su exposición más difundida, que si bien afirma el pluralismo social, reduce el ejercicio de la soberanía popular – anulando la búsqueda del bien común – a un proceso electoral indeterminado en sus resultados e imparcial en su ejecución (Przeworski, 1995 y 1999: 89-110)”.

<sup>86</sup>Ovejero (2012, p.57) describe las bondades de la democracia representativa, identificada por él como democracia competitiva, en los siguientes términos: “Desde el punto de vista de «como son realmente las cosas», esta democracia, sin concesión alguna a los buenos propósitos, sería la mejor captura del ruido y la furia de la política. Sería realista en sentido superlativo. Ese realismo que hace parecer ridículos los frecuentes reproches a los partidos políticos de «actuar por electoralismo»: exactamente es así, se crítica y pelea para ganar las elecciones.”En sentido contrario, Bonavides (2008, p. 23) cuestiona la legitimidad de la democracia representativa consecuencia de la escasa participación en los siguientes términos:

controlada y focalizada en la electoral si se quieren evitar los excesos que podrían derivar en saturación de la política y poner en peligro la estabilidad del sistema<sup>87</sup>. La rendición de cuentas pasa a ser el talón de Aquiles de este modelo democrático, centrado principalmente en la autorización, no en la *accountability*. La única posibilidad real de exigir responsabilidades a los gobernantes se retrasa al periodo electoral sucesivo. (CRUZ, 2010, p. 210)

La «democracia participativa» se presenta como modelo contrapuesto al representativo, tanto en su fundamentación teórica cuanto en los mecanismos jurídicos e institucionales de ejercicio. Su eje axiológico se basa en un entendimiento antagónico de la libertad y la participación y sus efectos en la legitimidad y funcionamiento del sistema democrático. La libertad es entendida en sentido positivo, es decir, como espacio de no dominación. En este escenario, la participación ha de ser entendida como derecho y valor sin el cual la democracia pierde su legitimidad<sup>88</sup>. La democracia participativa puede, como afirma Cruz (2010, p. 212) “[...] representar un estadio más avanzado del concepto de Democracia. Es la Democracia como valor social y no apenas como procedimiento”.

Mientras la democracia representativa restringe básicamente la participación a la electoral, la filiación partidista y el asociacionismo civil, la democracia participativa persigue una mayor implicación ciudadana mediante el robustecimiento de los canales de participación directa y semidirecta. Para la democracia participativa, la soberanía popular es intransferible y el autogobierno es el pilar central de la legitimación del sistema. No se trata tan solo de legitimar la acción del gobierno, sino de hacer efectivo

---

“Democracia donde el bajísimo grado de legitimidad participativa certifica la farsa del sistema, señalando el máximo divorcio entre el pueblo y sus instituciones de gobierno”.

<sup>87</sup>En este sentido, Bobbio (2007, p. 33) afirma que: “El exceso de participación, que produce el fenómeno que Dahrendorf llamó, desaprobándolo, del ciudadano total, puede tener como efecto la saturación política y el aumento de la apatía electoral. El precio que se debe pagar por el compromiso de pocos es frecuentemente la indiferencia de muchos. Nada es más peligroso para la democracia que el exceso de democracia”.

<sup>88</sup> En este sentido, Dias (2011, p. 60) afirma: “La democracia no puede ser vista por más tiempo como una cuestión formal o restringida al ejercicio del derecho de voto. La democracia precisa ser vivenciada como proceso, el camino para la resolución de los conflictos que posibilite, de la forma más amplia posible, la participación igual y paritaria de los ciudadanos. Significa decir que pensar en democracia, en la actualidad, requiere la busca de nuevos parámetros democráticos, una mejoría sustancial del proceso democrático en los espacios territoriales como forma de garantizar o viabilizar el proceso democrático en los espacios políticos más allá del Estado”.

el derecho a la autodeterminación<sup>89</sup>. Su eje no gravita alrededor de la participación directa, es decir, en el acto final de adopción de las decisiones políticas. Se trata de lograr una participación influyente en los procesos decisorios que preceden a la toma de decisiones definitivas y de garantizar que la voluntad así surgida sea respetada en la práctica (CRUZ, 2010, p. 214)

La ciudadanía no es entendida como un sujeto pasivo meramente receptor de políticas públicas y una potencial amenaza para la estabilidad del sistema. Ésta conoce la realidad que le afecta y tiene capacidad para decidir correctamente sobre los problemas que le conciernen con igual o mayor eficacia que los técnicos gubernamentales<sup>90</sup>. Una mayor participación conlleva innegables beneficios sociológicos como una mayor conciencia pública, el desarrollo de un espíritu social cooperativo y un incremento de la afección democrática hacia unas instituciones y procedimientos democráticos entendidos como mecanismos efectivos de solución de conflictos y problemas sociales. Un sistema político más participativo contribuiría, sin atisbo de duda, a paliar una desigualdad reforzada por aquellos modelos democráticos escasamente participativos (MACPHERSON, 2009, p. 122; CRUZ, 2010, pp. 214-5).

La democracia participativa invierte el paradigma sobre el que se asienta el sistema democrático. Durante todo el siglo XX, la democracia ha sido entendida como una cuestión que por su importancia intrínseca no debía ser dejada en manos de los ciudadanos. Este modelo democrático, aun incipiente ante las resistencias del *status quo*

---

<sup>89</sup> En este sentido, Bonavides (2008, p. 18) afirma: “La pérdida de legitimidad de los órganos legislativos y ejecutivos se hace patente, profunda, irreparable en los moldes vigentes. Urge introducir lo antes posible una nueva legitimidad, cuya base recompuesta es, nuevamente, la ciudadanía, pero la ciudadanía redimida, sin los obstáculos que le inhiben la acción soberana, sin la perversión representativa, sin el falseamiento de la voluntad, sin las imperfecciones conducentes a las infidelidades del mandato y los abusos de la representación”.

<sup>90</sup> En esta línea, Barber (2003, p. 147) afirma: “Por el hecho de subordinar la voluntad y el juicio de los ciudadanos a normas abstractas acerca de las cuales puede no haber consenso real, estos modos menosprecian la propia ciudadanía y disminuyen las capacidades del pueblo de gobernarse por sí mismo. Y por permitir nociones heterogéneas de derecho para arrastrarse a políticas de auto-legislación, estos socavan la autonomía de la cual toda auténtica libertad política depende. Los ciudadanos se convierten en sujetos de leyes en cuyos procesos de realización no participaron verdaderamente; se convierten en los electores de los representantes quienes, lejos de fortalecer los objetivos e intereses de los ciudadanos usurpan sus funciones cívicas y minusvaloran sus capacidades como ciudadanos”. En sentido similar, Freitas (2011, p. 14) defiende el papel activo de la ciudadanía en la toma de decisiones en los siguientes términos: “Se hace necesario, pues, en vez del patronato *infra dignitatem e ominoso*, el derecho constitucional de cada uno de los miembros de la sociedad, en esa cualidad o en ese “*status*”, decidir, en el mayor grado posible directamente las cuestiones relevantes que afectan el todo, así como fiscalizar el cumplimiento inter temporal de las metas pactadas, de modo que se respete la elección de las prioridades y a justificarlas legítimamente”.

a la apertura del sistema, tiene por principio nuclear el siguiente: la democracia es un concepto lo suficientemente importante como para ser dejado en manos de las élites dirigentes. (CRUZ, 2010, p. 214)

Una crítica común al modelo de democracia participativa es su imposibilidad práctica a nivel nacional. La participación causal por ciudadanos iguales en el ejercicio del gobierno es una contradicción irresoluble. Solo una minoría puede ejercer una participación decisiva en la toma de decisiones colectivas bien por ser elegidos, bien por poder comprar la influencia, bien por su brillantez. No cabe la igualdad de eficacia entre ciudadanos pretendidamente iguales. Si así fuese, se produciría la impotencia causal de todos y cada uno de ellos. (PRZEWORSKI, 2012, p.11)

El modelo de democracia participativa presenta diversos enfoques que comparten un objetivo común: fortalecer la participación ciudadana. Formalmente, son reconocidos bajo las categorías de democracia deliberativa, directa y radical (VIEJO *et al*, 2009, pp.44 y ss). Los diferentes enfoques que sobre la participación realizan estos tres modelos justifica la realización de un sucinto análisis comparativo.

La democracia deliberativa considera la participación como *conditio sine qua non* de la legitimidad de las decisiones e instituciones democráticas. A diferencia de la democracia representativa, participar es un término que va más allá de la participación meramente electoral. Basada originalmente en la Teoría de la Justicia de Rawls y la Teoría discursiva de Habermas<sup>91</sup>, los demócratas deliberativos persiguen el que los diferentes grupos sociales afectados por las decisiones colectivas participen como seres libres e iguales en la formación de la voluntad a través de un discurso racional y argumentativo que tome en consideración el pluralismo ideológico propio de la democracia. Dicho con otras palabras: los participantes deben poder llegar en condiciones libres e igualitarias a preferencias informadas, debiendo poder adquirir y ejercitar las habilidades requeridas para la participación en los centros de decisión

---

<sup>91</sup>La piedra angular de las teorías de Rawls y Habermas es el logro de democracias liberales estables institucionalmente. Para Rawls, una sociedad bien ordenada será aquella en la cual la justicia sea el elemento nuclear del orden y la estabilidad democrática. Una justicia que se proyecta en unas instituciones básicas regidas a través de los llamados principios de justicia logrados a través del consenso sobrepuesto en una hipotética situación de equidad denominada *posición original*. Para Habermas, la estabilidad democrática se alcanzará a través de la creación de una forma de gobierno integrada mediante la percepción racional de su legitimidad.

estatales. (CORREA DA COSTA LEISTER, 2011, p. 73; CUNNINGHAM, 2009, p. 195; MORENO RODRÍGUEZ-ALCALA, 2005, p. 315)

A diferencia del modelo representativo, donde la aceptación de las preferencias de la ciudadanía se somete a un procedimiento imparcial – la votación –, en la deliberación las partes esgrimen argumentos que dan lugar a una solución consensuada y legítima a través de la negociación<sup>92</sup>. La democracia deliberativa se caracteriza por ser un modelo democrático ideológicamente dinámico en el cual la ciudadanía ha de estar preparada para cuestionar y mudar valores y preferencias anteriormente tenidas por válidas<sup>93</sup>. La participación sirve a un propósito mayor que al de registrar y votar por diversas preferencias preestablecidas: la autodeterminación democrática. A través de la deliberación, la participación en términos de igualdad tiene un efecto doblemente legitimador, tanto de las decisiones aceptadas como vinculantes por haber sido producidas mediante deliberación por las partes vinculadas a ellas, como de las instituciones aceptadas como sustancialmente democráticas<sup>94</sup>. (KOZICKY, 2004, pp. 45 y ss; MORENO RODRÍGUEZ-ALCALA, 2005, p. 317)

---

<sup>92</sup>En esta línea, Elster (2001, p. 18) afirma: “Cuando un grupo de individuos iguales tiene que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando o votando. Creo que para las sociedades modernas esta lista resulta exhaustiva. [...] Los grupos pueden llegar a una decisión empleando uno de los tres procedimientos, una combinación de dos de ellos, o los tres a la vez. Adviértase que la discusión y la negociación constituyen formas de comunicación, o sea que son actos de habla, mientras que la votación no lo es”.

<sup>93</sup>Gambetta (2001, pp. 35-6) puntualiza algunos riesgos de la deliberación al afirmar que: “Las “conversaciones” deliberativas se sitúan en cierto punto entre dos extremos: la *negociación*, que implica intercambiar promesas y amenazas, y el razonamiento, que tiene que ver, o bien con cuestiones de principio, o bien con cuestiones de hecho y de causalidad. Las disputas acerca de estas últimas pueden tener lugar aun cuando se comparten los fines pero las opiniones divergen en cuanto a los mejores medios. El objetivo de la discusión, a diferencia del de la negociación, es persuadir a otros del valor de las propias opiniones. Generalmente, tanto la discusión como la negociación integran el proceso deliberativo. Ya que pueden ofrecerse, en forma manipulativa, argumentos con propósitos disimulados de negociación, resulta a veces arduo separar una forma de deliberación de la otra. Sin embargo la reducción capciosa de la discusión a un caso especial de negociación estratégica, no es válida: como sostiene Elster, el debate, incluso si es hipócrita, ejerce una poderosa influencia civilizadora [...]. Si aceptamos este punto de vista, es muy importante en qué medida una democracia puede deliberar con éxito discutiendo y no solo negociando”.

<sup>94</sup>Ovejero (2012, pp. 54-5) relativiza la idoneidad de la democracia deliberativa en los siguientes términos: “Una parte de la responsabilidad de la eficacia de tales críticas hay que achacarla a los defensores del modelo deliberativo que, en sus presentaciones habituales, contraponen la democracia con deliberación, sustentada en la «virtud», la «verdad» y «el diálogo», a otra democracia, que parece rezumar realismo por los cuatro costados, la democracia de competencia, la que la teoría del *Rational Choice* precisa en sus conceptos básicos, cimentada en los intereses egoístas, la utilidad y la negociación. Dibujada la contraposición en esos términos, la defensa de la democracia deliberativa se complica, bien por que ingresa en el amplio repertorio de las fantasías sociales, del que anda más que sobrada la reflexión social, bien porque acaba por incurrir en una suerte de enorme tautología, en un desmedido contrafáctico en donde se nos viene a decir que «si se dan determinadas condiciones se darán determinados resultados», resultados que están conceptualmente contenidos en las condiciones, al modo



Un segundo modelo de democracia participativa es la democracia directa. En él, la participación tiene por objeto la realización directa de la ley por el ciudadano (VIEJO *et al*, 2009, p.45). Los partidos políticos no desempeñan el papel de instancias centrales de las decisiones políticas. Ese espacio es ocupado directamente por la ciudadana, quienes participarían directamente en el acto final de adopción de las decisiones políticas.

El tercer modelo es el conocido como pluralismo o democracia radical que tiene en Pateman, Mouffe, Laclau y Connolly a algunos de sus principales teóricos. Para la democracia radical, el conflicto por la ocupación del poder es hecho inevitable y consustancial a la misma. El antagonismo es inherente a la naturaleza humana y su confrontación y superación requiere de la política. El modelo radical parte del reconocimiento del pluralismo antagónico que, por ello, puede ser contenido a través de las reglas del juego democrático. Se rechazan tanto la minimización o negación del conflicto susceptible de ser resuelto mediante la adopción de decisiones colectivas con apariencia de consenso propia de la democracia procedimental como la reducción de la política al encuentro de un modelo ético propio del modelo deliberativo<sup>95</sup>.

La reducción de las desigualdades sociales y económicas es otro de los propósitos de la democracia radical. Las personas nacen en situación de desigualdad económica y social, circunstancias que limitan severamente las posibilidades de participación de los individuos en desventaja. Situar a la ciudadanía en condiciones de igualdad participativa mediante la reducción de las desigualdades es *conditio sine qua non* para poder hablar de democracia sustantiva. Las políticas públicas no deben tener un enfoque homogéneo sino redistributivo en función del reconocimiento del pluralismo social. Ejemplo básico es el reconocimiento de la función social de la propiedad.

---

como los axiomas están contenidos en los teoremas. Ante tales críticas, los defensores de la democracia deliberativa parecen optar por debilitar el sustantivo a cuenta del adjetivo. Para salvar la deliberación aguan la democracia y para capturar el interés y el conflicto describen las decisiones políticas aislándolas de cualquier roce con la realidad de los procesos argumentales. En esas condiciones, la única función de la democracia consistiría en permitir identificar a los mejores, los llamados a deliberar, santos y sabios. Por ese camino la democracia se alejaría de la política, de los conflictos y los intereses, de «como son realmente las cosas».

<sup>95</sup> “Aceptar la naturaleza del poder como algo inherente a lo social implica renunciar al ideal de una sociedad democrática como realización de una perfecta armonía o transparencia. El carácter democrático de una sociedad solo puede venir dado por el hecho de que ningún actor social limitado pueda atribuirse la representación de la totalidad y afirmar que tiene el «control» de los fundamentos”. (MOUFFE, 2012, p. 113)

La participación persigue una finalidad más amplia que la mera resolución de los conflictos sociales a través del “consenso” liberal institucionalmente predeterminado a favor de los grupos dominantes. Su ejercicio en las diversas esferas de la vida en sociedad – política, social, cultural, económica, profesional – persigue la emancipación<sup>96</sup>.

La participación es objeto de diferentes valoraciones, ocupando diferentes espacios en función del modelo democrático que se trate. La democracia liberal–representativa la considera un derecho a ser canalizado preferentemente a través de la acción de los partidos políticos mediante el sufragio periódico dirigido a la elección de los representantes. Otros institutos jurídicos de participación política son reducidos al mínimo, bajo la lógica de asegurar la estabilidad del sistema frente a posibles tendencias populistas o demagógicas favorecidas por el ejercicio directo de la democracia. La democracia directa acentúa la identidad entre gobernados y gobernantes al reducir el protagonismo de la representación y los partidos políticos y primar los instrumentos directos de intervención y decisión de los ciudadanos en los asuntos públicos. La participación tiene por objeto legitimar directamente la producción normativa. Para la democracia deliberativa, aparte de un derecho de selección de los representantes, la participación ha de ser ejercida en condiciones de igualdad y libertad por todos aquellos afectados por la norma. La participación tiene un efecto legitimador de las instituciones democráticas. Por último, la participación en la democracia radical tiene un efecto emancipador: la supresión de las desigualdades sociales que perpetúan el *status quo* de dominación de las élites en el poder.

## 1.6 LOS LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN EN LA DEMOCRACIA ACTUAL.

La participación como fenómeno socio-político adquiere especial relevancia en la esfera comunitaria a partir de los años 60<sup>97</sup>. Nuevas reivindicaciones por diversos

---

<sup>96</sup>En este sentido, Viejo *et al* (2009, p. 51) afirman: “La participación de la ciudadanía en la esfera pública, pues, según el modelo de democracia radical resulta fundamental para la producción y resolución de conflictos, pero no dentro de un diseño institucional predeterminado sino mediante la profundización y la radicalización democrática”.

<sup>97</sup>En esta línea, Aguiar de Luque (1984, p. 658) afirma: [...] a partir de los años sesenta encontramos un potente movimiento de reacción que busca dotar de un contenido material al ideal democrático y hace de la participación su principal reivindicación bajo muy diversas perspectivas (ampliación de derechos civiles, asambleísmo, autogestión, etc.) La participación se propugna como valor en sí mismo, en palabras de Habermas e, incluso, se torna en una verdadera ideología: la democracia participativa”.

grupos sociales, principalmente estudiantes y trabajadores, plantean la ampliación del canon participativo en las diversas esferas sociales. Se trata de redefinir el contenido, alcance y límites de la participación en la teoría democrática contemporánea<sup>98</sup>. Como afirma Pateman (1992, p. 9), “[...] la reciente intensificación de los movimientos en pro de una participación mayor coloca una cuestión crucial para la teoría política: ¿cuál es el lugar de la “participación” en una teoría democrática moderna y viable?”.

La propia idea de participación y su lugar en la teoría democrática trae consigo un objetivo irrenunciable: el replanteamiento del complejo problema de las características elementales y diferenciales de las modernas democracias. Una conclusión de partida es evidente: los esquemas teóricos referenciales de la discusión y reflexión del Derecho público, herederos del liberalismo clásico, se antojan totalmente insuficientes. Sociedad y política hoy día se interpenetran de forma compleja y profunda imposibilitando la autonomía funcional característica de la época liberal (SÁNCHEZ MORÓN, 1979, p. 172).

Se acepta con carácter general que la democracia ocupa hoy día lugar central en la teoría política. Tal centralidad se desarrolla durante el s. XX, con especial intensidad durante el periodo de entre guerras<sup>99</sup>. Los debates que conformaron el *ethos* de la democracia moderna fueron dos. El primero, iniciado con Ostrogorski (1902)<sup>100</sup> y al que seguirán Schmitt (1926)<sup>101</sup>, Kelsen (1929)<sup>102</sup> y Schumpeter (1942)<sup>103</sup> tuvo por

---

<sup>98</sup> Paralelamente a la euforia democrático-participativa se organizó un movimiento contra democrático a finales de los años sesenta referido por Mouffe (1999, p. 43) en los siguientes términos: “A finales de los años sesenta se organizó un movimiento «neoconservador» para defenderse del «exceso de democracia». Alzando el espectro del «principio de igualdad», este grupo, constituido por prestigiosos intelectuales unidos en torno a las revistas *Commentary* y *The Public Interest*, lanzaron una ofensiva contra la ola democrática de los diversos movimientos sociales de esta década. Denunciaron el exceso de exigencias que esta multiplicación de nuevos derechos impone al Estado y el peligro que esta explosión de reclamaciones igualitaristas plantea al sistema basado en la autoridad. Aproximadamente al mismo tiempo, un grupo de «neoliberales» atacó las medidas de redistribución en la Gran Sociedad y denunció la creciente intervención del Estado en la economía. Para ambos grupos, el blanco es, en efecto, la articulación entre liberalismo y democracia: el potencial subversivo de la idea democrática frente a la preservación de las relaciones sociales dominantes”.

<sup>99</sup> En este sentido, Aranda Álvarez (2006, pp. 189-90) afirma: “El período de entre guerras y los primeros años posteriores a la segunda Guerra Mundial fueron propicios para la «pasión» por la democracia. La conquista del sufragio universal, la incorporación de la mujer a la vida política reconociéndosele el derecho de sufragio pasivo, el reforzamiento de los partidos de clase, y el sentir de que definitivamente la soberanía popular había «ganado la batalla» por el poder a la monarquía, contribuyeron decisivamente a que se revitalizaran todos los instrumentos que facilitarían a los ciudadanos la toma de las decisiones políticas de forma directa”.

<sup>100</sup> Vid. por todos Ostrogorski, Moisei. *La democracia y los partidos políticos*. Madrid: Trotta, 2008.

<sup>101</sup> Vid. por todos Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

<sup>102</sup> Vid. por todos Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: KRK ediciones, 2009.

contenido la idoneidad de la democracia como forma de gobierno de la sociedad política. Tras la II Guerra Mundial y afirmada aquella interrogante el resultado fue la imposición del modelo de democracia competitivo-elitista de Schumpeter. Para el autor austriaco (1961, p.321), “el método democrático es un sistema institucional para la toma de decisiones políticas en el cual el individuo adquiere el poder de decidir mediante una lucha competitiva por los votos del elector”. En este modelo democrático, la participación ciudadana queda reducida a la selección de un cuerpo de representantes a través de elecciones periódicas. Ni que decir tiene que ceñir la democracia a un mero procedimiento de elección de la élite gobernante es reducirla a su mínima expresión. Es tanto como negar la posibilidad de cualquier forma de ejercicio sustantivo de soberanía popular (MIGUEL, 2002, p. 502).

¿Por qué reducir la participación a la esfera electoral? Dos fueron los factores claves de la desconfianza de mediados del s. XX hacia la ampliación de las vías participativas: el desarrollo de la sociología política y la emergencia de los Estados totalitarios. La caída de la República de Weimar, caracterizada hasta la extenuación por una amplia participación de las masas fascistas y la sustitución de la democracia por regímenes totalitarios, reforzaron la idea de asociar la palabra “participación” a movimientos totalitarios. La participación en sentido amplio no sería entendida como *conditio sine qua non* de la existencia de un régimen democrático. Según los adeptos de la democracia elitista-competitiva a mayor participación menos democracia. (MIGUEL, 2002, p. 499; PATEMAN, 1992, pp.10-1)

Si el primer debate se centraba en el aspecto teórico-formal de la democracia el segundo debate, iniciado en la década de los 50, tuvo un contenido esencialmente práctico: las condiciones estructurales de la democracia como sistema de gobierno. Contó con referentes teóricos como Moore (1966), O'Donnell (1973) y Przeworski (1985), quienes analizaron al tiempo la influencia del capitalismo sobre la virtualidad práctica de la democracia. La ascensión de la socialdemocracia como némesis del capitalismo provocó el planteamiento de otro debate: la redistribución de los bienes. La redistribución, nuevo paradigma, trajo consigo nuevos modelos democráticos alternativos al modelo liberal: la democracia participativa, la democracia popular en los

---

<sup>103</sup> Vid. por todos Schumpeter, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961.

países del Este y la democracia desarrollista de los países recientemente independizados.

El debate sobre la causalidad de las condiciones estructurales para el arraigo de la democracia se vio rápidamente desplazado por la fuerza de los hechos. La democracia se expandió incesantemente desde la década de los 70 por Europa Oriental y durante los 80 por América Latina. La principal preocupación es su forma y variaciones. Se construirá sobre los siguientes elementos referenciales: la restricción de la participación ciudadana a la selección de los líderes políticos (Schumpeter, 1942); el entendimiento de la apatía política como síntoma de estabilidad y normal funcionamiento del sistema (Downs, 1956); la contradicción entre movilización e instrumentalización (Huntington, 1968); el pluralismo entendido como disputa entre las elites partidarias (Dahl, 1971); los sistemas electorales (Lijphart, 1984); y la minimización de la participación bajo el argumento de las escalas y la complejidad técnica de la agenda política (Bobbio, 1986). (MIGUEL, 2002, pp. 504-5; SOUSA SANTOS; AVRITZER, 2004, pp. 35 y ss).

La hegemonía de la democracia liberal representativa trae aparejada consigo una paradoja sistémica: a medida que la misma se expande y se consolida como modelo democrático se propagan igualmente prácticas escasamente democráticas. La participación, focalizada en la esfera electoral, alcanza niveles preocupantes de abstencionismo. La representación, pilar básico de la democracia liberal, debe ser cuestionada por su ineficiencia en la respuesta dada a las demandas sociales y por la desafección que genera en la población. La participación pierde intensidad y precisión al tiempo que se ha pluralizado y hecho más compleja (RIVERO, 2009, p. 209).

La participación política en las democracias representativas actuales se basa principalmente en el mecanismo de la representación. Del correcto funcionamiento de esta se deriva consecuentemente la solvencia de aquélla. Pero, como se dijo en el apartado anterior, la representación atraviesa una crisis de legitimidad por la ineficiencia de las instituciones representativas en la solución de las demandas y problemas de la ciudadanía<sup>104</sup>. El funcionamiento deficitario de la representación requiere de la

---

<sup>104</sup> “En este sentido se podría comenzar planteando el dilema de si el desafío fundamental del sistema representativo contemporáneo consiste en su necesidad de enfrentarse a *nuevas* demandas sociales, o más bien si se trata del problema de cómo conseguir sistemas mejores y más eficaces para responder suficientemente a las demandas ya existentes. Demandas que, en todo caso, cabría considerar, si no rotundamente nuevas, al menos si sometidas a un proceso dinámico de creciente sobrechara y de

habilitación de mecanismos complementarios de participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones. Incrementar la participación puede ser parte de la solución a la crisis actual de la representación democrática<sup>105</sup>.

Las tendencias regresivas en la participación electoral y el descenso de la afiliación partidaria son lugares comunes en muchas democracias tenidas por estables. Las propias élites reconocen que la caída de la afección política comparte un entendimiento común: los ciudadanos le están volviendo la espalda y es inevitable reconocer que la propia democracia como forma de gobierno se encuentra en crisis. (ZITTEL; FUCHS, 2007)

La limitación de la participación ciudadana trae causa de una idea acuñada en la segunda mitad del s. XX: no sobrecargar en demasía el régimen democrático con demandas sociales que coloquen en tela de juicio la prevalencia de la acumulación sobre la redistribución, mantra del régimen liberal-democrático. (SOUSA SANTOS, 2004, pp.53-4)

Sin embargo, nuevos grupos sociales reclaman ser incluidos en las reglas del juego democrático. La inclusión social es caracterizada por los grupos dominantes como exceso de demandas distorsivas de la propia democracia. Admitiendo la lógica ampliación de la participación a nuevos grupos que precisan representación resulta impensable prescindir por completo de un sistema representativo. La hostilidad de la democracia liberal representativa frente a la participación política se basa igualmente en la consabida cuestión de las escalas. Hoy día no resulta trasladable la “experiencia democrática directa” de las antiguas ciudades-estado griegas. Una solución que puede

---

progresiva complejidad en el contexto en transformación de las democracias contemporáneas. Ello nos situaría en el primero de los ámbitos problemáticos por los que discurre la moderna teoría de la representación; el de la noción de *responsiveness* entendida como capacidad de respuesta de la esfera política a partir del propio circuito de la representación. Se trata naturalmente de una exigencia surgida de la propia lógica expansiva del welfare state que conduce, mediante una proyección creciente de demandas o necesidades sociales sobre la esfera pública, a un fenómeno general de *sobrecarga* del Estado del Estado social intervencionista”. (PORRAS NADALES; VEGA GARCÍA, 1996, p. 15)

<sup>105</sup> En este sentido, Colina y del Pino (2008, p. 249) afirman: “La aparente dificultad para cerrar el debate entre la democracia representativa y la democracia participativa, se salda frecuentemente, y quizá en un intento de dejar satisfechos a unos y otros, con la idea de que la democracia participativa es sólo posible como complemento de la democracia representativa o, incluso yendo algo más allá, con la idea de que [...] «la salud de la democracia representativa y de la democracia participativa están interrelacionadas». Así, el ámbito local, con fórmulas revisadas y mecanismos novedosos, constituye en el presente un intento de renovar el funcionamiento de la democracia representativa digno de la atención de académicos y políticos interesados en «repensar» el Estado democrático”.

tacharse de simplista al ignorar el problema de las gramáticas sociales por dar una solución exclusivamente geográfica al problema de las relaciones participación-representación. Es posible la construcción de “sólidas complementariedades” entre ambos modelos democráticos y las escalas locales y nacionales (SOUSA SANTOS, 2004, pp.67-8).

Las posiciones antagónicas de los defensores de la democracia liberal frente a los partidarios de la democracia participativa conducen al planteamiento de la siguiente reflexión en los términos empleados Lucas Verdú (1994, p. 238): “¿Es posible que una representación política frustre la participación auténtica y general de los ciudadanos? ¿Cabe que una representación política enajene del juego político a importantes sectores cívicos? Es decir, ¿puede darse una representación política sin participación ciudadana?”

La respuesta a estas interrogantes depende de la adecuada conexión entre el Estado-aparato y el Estado-comunidad. La representación será participada cuando la articulación jurídica establecida por el Estado-aparato conecte eficientemente con la ciudadanía (Estado-comunidad). La participación será efectivamente representativa cuando el Estado-aparato sea eficaz en la recepción y solución de las demandas de aquél. De la conjunción de ambos factores surgirá un modelo de Estado próximo al ideal (LUCAS VERDÚ, 1994, pp. 238-9).

Pero los interrogantes no acaban aquí. Si resultan fundadas las peticiones de una mayor participación política por parte de los teóricos de la democracia participativa resulta preceptivo plantear los siguientes interrogantes: ¿Podemos incrementar el nivel de participación política sin decrecer la calidad de la participación? ¿Es posible promover el objetivo de la participación política a través de la *ingeniería participativa* sin comprometer otros valores democráticos? (ZITTER; FUCHS, 2007)

Zitter y Fuchs (2007) han acuñado tres conceptos interrelacionados que pretenden dar respuestas a las preguntas planteadas en el párrafo precedente: democratización integradora, democratización expansiva y democratización orientada a la eficiencia.

La «democratización integradora» está enfocada al análisis de las relaciones poliédricas entre los actores individuales y las instituciones. Desde el punto de vista clásico las instituciones son tenidas por entes que configuran las diversas metas y aspiraciones individuales. Si se pretende favorecer la participación política han de considerarse diversos factores. Primero, las personas no nacen siendo ciudadanas. Segundo, la democracia es entendida como aptitud vital que requiere ser aprendida. Ello tan solo es posible a través de un armazón institucional que refuerce la educación de los futuros ciudadanos. La democracia es un valor a ser aprendido (ZITTER; FUCHS, 2007).

Instituciones y mecanismos eficientes de participación ciudadana refuerzan la influencia de aquellos en los procesos de toma de decisiones. No obstante no ha de entenderse que ello signifique un modelo de participación política donde el ciudadano participe constantemente en cualquier situación. El propósito es fomentar la influencia real del ciudadano en la toma de decisiones políticas sin por ello negar la necesidad de la representación en sociedades técnicamente complejas como las actuales<sup>106</sup>.

La democratización integradora vincula la participación política a la existencia de un modelo democrático que tenga por objetivo principal el desarrollo de un sentido de comunidad, de grupo social. La ciudadanía adquirirá un sentido de la responsabilidad pública que sirva como antídoto frente a la apatía política fomentada por la imposibilidad de incidir eficientemente en la agenda política. La reducción de la

---

<sup>106</sup> Aragón Reyes (2009, p. 471) defiende la utilidad de la democracia representativa en los siguientes términos: “[...] la opción por la democracia representativa no tiene sólo a su favor razones de puro pragmatismo, sino también muy sólidos fundamentos teóricos, basados en que la sociedad no es uniforme, sino plural, en que el gobierno de una comunidad ha de hacer posible la composición de intereses diversos, en que no puede sobrevivir el Estado sin una actividad permanente de integración y en que no hay comunidad de hombres libres si no hay distinción entre gobernantes y gobernados, y por lo mismo si no hay limitación del poder y responsabilidad de los gobernantes; y es la representación la que hace posible que todo ello pueda realizarse”. Por su parte, Rubio Llorente (2012, p.648) niega la crítica irreflexiva de la representación como valor en democracia en los siguientes términos: “El espejismo dogmático conduce, de una parte a centrar la crítica en el protagonismo de los partidos y, en relación con él, en la sujeción a éstos de los representantes elegidos en sus listas; de la otra, a quebrar toda conexión entre representantes y representados, liberando a éstos de culpa por los defectos que lamentan, obra exclusiva, se piensa, de «los políticos». Una diabolización tan absurda y tan falsa como la divinización que éstos tienden a hacer de sí mismos. Seguramente su dosis de altruismo no es mayor que la del resto de los mortales y seguramente actúan las más de las veces movidos por apetitos, no necesariamente innobles, de poder y gloria, o por una codicia económica que, en nuestras sociedades, es indigna sólo por los medios que utiliza, no por su fin. Pero seguramente también desempeñan una función social cuya necesidad ha de ser reconocida tanto al menos como la hoy tan celebrada de los empresarios. Si no cabe pensar, como antes se ha dicho, que los hombres de nuestra época consagren mucho tiempo ni dediquen muchos esfuerzos a la cosa pública y menos aún que hagan depender de su participación en ella su propia realización personal, algún reconocimiento deben a quienes hacen de ello profesión”.



participación a la elección de los representantes trae un inevitable proceso de distanciamiento y desafección política que termina por contaminar la idea de asuntos públicos e intereses comunes. El resultado, hoy día constatable, es la creciente deslegitimación social de las instituciones, la desafección ciudadana y la pérdida de credibilidad de la ciudadanía en la *democracia electoral*.

La cuestión central para la democracia integradora se basa en el grado de control político que puede aplicarse para el logro de la integración social. Una sociedad articulada e integrada incrementa sus aptitudes políticas al desarrollar un sentido de colectividad. Pero ¿cómo se logra implementar esta teoría? La respuesta que los teóricos de la democracia participativa ofrecen se apoya en los siguientes cinco puntos: 1) Democratización del centro de trabajo a través de políticas regulatorias; 2) Recuperar el concepto de esfera de interés público y sociedad civil activa mediante la transferencia de recursos y la garantía de auténtica representación; 3) Revitalizar la democracia local mediante mecanismos de ingeniería participativa garantizadores de un mayor espacio de decisión en las políticas locales; 4) Estructurar la comunicación fortaleciendo la deliberación entre los diversos grupos sociales para así crear vínculos de intereses colectivos; 5) Hacer de internet un espacio de deliberación y formación de opinión autónomo y eficiente fortaleciendo el sentido de comunidad social.

En definitiva, la propuesta de la democracia integradora se basa en la recuperación del sentido de comunidad y espacio público, conceptos ambos suplantados por el individualismo y el interés privado de la democracia liberal<sup>107</sup>. La democracia es entendida como actitud vital y proceso de aprendizaje social que transforma al individuo egoísta en ciudadano provisto de un sentido de comunidad solidario.

El modelo de *democracia fuerte* propuesto por Barber atribuye a la participación un carácter transformador multidimensional: el conflicto es transformado en cooperación; la representación en un modelo próximo a la auto-legislación a través de la participación deliberativa; el individuo pasa a ser ciudadano libre a través de la

---

<sup>107</sup> Sobre los peligros de la defensa exclusiva de los intereses privados propia de la democracia liberal, Barber (2003, p. 17) dice lo siguiente: “La historia del siglo veinte nos ha enseñado que, cuando la democracia no puede responder a la necesidad de comunidad con nada mejor que un privatismo pusilánime, otra ideología política más opresiva se hará presente”.

educación cívica adquirida mediante la participación institucional deliberativa<sup>108</sup>. Igualmente logra recuperar el concepto de intereses comunes frente al interés privado del modelo liberal. La centralidad de la participación en el modelo de “democracia fuerte” la convierte en esencial para la legitimidad del sistema democrático por su potencial transformador de la sociedad. (BARBER, 2003, p. 132)

La «democratización expansiva» pretende resolver otra de las falacias tenidas por legítimas por los defensores de la democracia liberal-representativa: la apatía electoral como síntoma de normalidad del sistema. La razón esgrimida es del todo punto simplista: los individuos no tienen tiempo o energías que dedicar a la participación. El punto de partida de aquella es el opuesto: la insuficiencia de la configuración jurídica de los derechos de participación minimiza extremadamente la capacidad de influencia real del “ciudadano” en las políticas públicas. La solución pasa por incrementar el valor y la utilidad de la participación a través de la reconfiguración expansiva de los institutos e instituciones del derecho a la participación política.

Pero, como se preguntan Zitter y Fuchs (2007) “¿Que significa expandir derechos de participación a nivel institucional?” La respuesta pasa por rediseñar las instituciones de forma que permitan la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. De ello no ha de deducirse una vuelta a la idea del “ciudadano total” constantemente involucrado en los asuntos públicos. El propósito es ofrecer canales de participación que favorezcan la influencia real del ciudadano en la toma de decisiones.

El aumento de la influencia en el proceso de toma de decisiones no agota el contenido de la democracia expansiva. Se aboga igualmente por el fortalecimiento de los institutos de democracia directa. A través de la combinación de ambos se consiguen los resultados perseguidos por la teoría participativa: la participación real en el proceso de toma de decisiones y la conversión de la misma en una verdadera comunidad democrática.

Una cuestión sigue en el aire: ¿Una mayor influencia en la toma de decisiones e institutos más eficientes de participación directa resuelven el dilema de cómo superar

---

<sup>108</sup> En este sentido, Freitas (2011, p. 18) dice así: “Cuanto más intersubjetiva fuese la interacción, mas legítima será la construcción de los objetivos comunes. Cuanto menos participativa fuese la interacción, más inducida y manipulada será la construcción de los valores de la convivencia. Es decir: sin los mecanismos participativos eficientes y eficaces, el ciudadano es transformado en objeto de propaganda electoral”.

el impacto marginal del voto individual y sus consecuencias para la participación política? La cuestión de la marginalidad del voto individual se basa en la restricción de los mecanismos de democracia directa a escala nacional. De ahí que numerosos partidarios de la democracia directa como núcleo de la democracia participativa sean al mismo tiempo adeptos de la democracia local (ZITTER; FUCHS, 2007).

Reforzar la participación en la esfera local a través de institutos de democracia directa requiere con carácter previo incrementar las competencias decisivas en la esfera local. Hoy día, las competencias locales de autodeterminación colectiva son manifiestamente reducidas. La respuesta es la descentralización competencial en favor de la esfera local. Solo así se logrará el objetivo de aumentar efectivamente la influencia del ciudadano en la toma de decisiones y hacer de la participación un vehículo de transformación de la ciudadanía. Otras propuestas alternativas, dentro del modelo representativo, sugieren la conversión del representante en un delegado que actúe bajo el dictado de sus electores o bien la elección al azar de ciudadanos ordinarios que desempeñen las funciones de representación en el marco de cuerpos decisorios funcionalmente equivalentes al modelo de representación. Sólo acabando con las oligarquías propias del modelo representativo se logrará trasladar efectivamente los intereses de la población a las decisiones colectivas en forma de leyes. (ZITTER; FUCHS, 2007).

Un tercer modelo de democratización es la «democracia eficientemente orientada». Frente a la tradicional explicación de la apatía electoral como consecuencia de la desproporción entre costes y beneficios para el ciudadano la democracia eficientemente orientada propone la solución invirtiendo los factores de la ecuación: en vez de incrementar los beneficios la solución estriba en disminuir los costes.

Las nuevas tecnologías pueden ser una propuesta satisfactoria para el incremento de la participación política<sup>109</sup>. No puede negarse, sin embargo, la existencia de determinados riesgos en su implantación. Incertidumbres que Pérez Luño clasifica en

---

<sup>109</sup> En este sentido, García Costa (2007, p. 8) afirma: “[...] el surgimiento de la democracia electrónica ha de ser saludado favorablemente, en tanto en cuanto opera como instrumento que permite materializar y profundizar en las formas actuales de participación ciudadana y, por ello, revitaliza nuestras actuales democracias actuando de complemento necesario de las formas tradicionales de representación política. Ahora bien, [...], la aparición de la democracia electrónica revela que sus posibilidades de generar nuevas formas de participación virtual con las que pueda empezar a construirse una democracia directa, inmediata y de identidad están actualmente imposibilitadas por unos cauces de participación predominantemente representativos”.

riesgos políticos, jurídicos y morales. Comenzando por los políticos, afirma el autor que las nuevas tecnologías pueden crear una estructura vertical en las relaciones socio-políticas que desemboquen en la despersonalización del ciudadano y la consiguiente alienación política. La *teledemocracia* podría llegar a acabar con las estructuras asociativas intermedias entre el Estado y la sociedad, como por ejemplo sindicatos y partidos políticos. Los riesgos jurídicos son, en opinión de aquél, evidentes: a) la continúa exposición del proceso deliberativo de las Cámaras a la teledemocracia podría conllevar un empobrecimiento del debate público y, por extensión, la pérdida de calidad de las leyes; b) posibles violaciones del derecho a la intimidad derivadas de manipulaciones informáticas<sup>110</sup>. El insigne autor repara en riesgos morales – la atomización ética – provocada por un vacío de valores comunitarios y solidarios. (PÉREZ LUÑO, 2004, pp. 84 y ss; RIBAS DO NASCIMENTO, 2012, pp. 102-3)

La innegable crisis que atraviesa en la actualidad la representación nos ha obligado a analizar la adecuación de sus criterios epistemológicos a la disfuncionalidad, desafección e incredulidad que afecta al conjunto del sistema. Los fundamentos politológicos, históricos y sociológicos en que se apoya la democracia representativa tienen por objeto justificar un modelo democrático paradójicamente restrictivo con uno de sus elementos nucleares: la participación política. Hoy día, el instituto de la representación sigue anclado en la comprensión de la ciudadanía como un conjunto de individuos manifiestamente incapaces de mostrar competencia e interés por los asuntos públicos. Una “verdad” que legitima la ocupación de las instancias representativas por una élite dotada de mayor capacidad técnica y competencia para los asuntos públicos<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Zitter y Fuchs (2007) puntualizan la incidencia del voto electrónico en relación a los principios democráticos en los siguientes términos: “A nivel de los principios democráticos, el e-voto acarrea consigo entre otras cuestiones las relacionadas con la naturaleza pública de la participación política y el secreto del voto. Votar en las elecciones no es un acto privado. Más aún, coloca una carga especial en nosotros al considerar las implicaciones sociales de nuestras decisiones. Privatizando la participación pública vía e-voto se reduce la naturaleza pública de la participación a un nivel simbólico y además puede comprometer nuestra motivación para recordar este hecho durante el acto de votar. Votar en nuestro salón también abre este proceso a la coerción e influencia por terceros que deberían estar neutralizadas por la naturaleza secreta del voto”.

<sup>111</sup> En este sentido, Garrorena Morales (1991, p.p.88-9) afirma: “[...] toda la explicación a las insuficiencias actuales de nuestra representación política hay que vincularla al hecho de que la misma continúe todavía básicamente apoyada sobre aquella mentalidad cautelara (quiero decir, desconfiada de la capacidad pública del ciudadano e inclinada a reducirlo enseguida al ámbito de sus asuntos privados) con la que la burguesía liberal informó un día su primera formulación de este instituto. Esa mentalidad, cuyo «activo» en garantía jurídica de las libertades y en pluralismo de opciones nadie discute, comportó, sin embargo, un «pasivo» inocultable, unas inercias al desentendimiento elector-elegido, que debían haber sido oportunamente revisadas y cuya revisión nunca se produjo; ni siquiera cuando – por razones que ya

En este escenario, la participación es básicamente direccionada y reducida a la participación electoral. Los institutos propios de la democracia directa y semidirecta son reducidos a su mínima expresión, considerándolos como potencialmente desestabilizadores del sistema por el uso abusivo e irracional de una ciudadanía fácilmente manipulable. Una tesis apoyada en un análisis ciertamente interesado de la Historia del periodo de entreguerras del s. XX que desconsidera factores económicos, sociales y políticos con indudable protagonismo en la caída de la República de Weimar. Esta argumentación ignora las profundas transformaciones sociales y educativas de las últimas décadas que, sin duda, impiden seguir calificando a la ciudadanía como un ente incapaz de entender los entresijos y dificultades técnicas de las decisiones políticas<sup>112</sup>.

No resulta admisible mantener por más tiempo un diseño constitucional y legislativo en el que, más allá de calculadas aperturas, la participación política en los asuntos públicos se reduzca poco menos que a la elección de los representantes cuatrienalmente y en el que los canales participativos extra institucionales sean, principalmente, unos partidos políticos contrarios a la participación interna más allá de un barniz compatible con una legislación claramente insuficiente en materia de democracia interna. El derecho fundamental de participación política, elemento nuclear de la *democracia ciudadana*, ha de ser repensado y rearticulado en favor de su vigencia tanto en las instituciones como en el interior de los partidos<sup>113</sup>. Este es el propósito de los siguientes capítulos.

---

conocemos – el tránsito del momento liberal al momento democrático de nuestro modelo político daba oportunidad para ello”.

<sup>112</sup> En este sentido, Freitas (2011, p. 22) afirma: “Finalmente, existe el argumento contrario de los que creen que el pueblo no estaría preparado. Este argumento nada prueba y es exactamente el mismo que retrasó, sin causa racional, la abolición de la esclavitud. Urge promover, contrariamente a aquello, una gigantesca ola de reeducación decisoria para el ejercicio de la libertad digna, sin atrasar el proceso con alegaciones dolosamente prorrogadoras, pues dirigir el pueblo su destino es el objetivo irrenunciable de toda democracia legítima”.

<sup>113</sup> En este sentido, Aragón Reyes (2009, p. 472) afirma: “La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos políticos y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de los partidos no puede haber democracia auténtica, o lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, socialmente arraigados y con el grado suficiente de cohesión y disciplina interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz. Ahora bien, la democracia de partidos no debe sustituir enteramente a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriese se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que, como su nombre indica, es el pueblo la única fuente del poder. Los partidos cumplen una función auxiliar: son instrumentos, valiosos, por supuesto, pero sólo instrumentos de la democracia. Ésta no tiene por sujetos a los partidos, sino a los ciudadanos. Más aun, tampoco los partidos agotan los cauces de expresión del pluralismo político, que también puede (y debe) expresarse por medio de grupos de opinión no partidistas (movimientos políticos independientes, agrupaciones de electores, etc.); como tampoco

## ***CAPÍTULO 2 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.***

El Capítulo I ha proporcionado un marco teórico que permite identificar los elementos formales que posibilitan la existencia de una democracia procedimental. En ella, el derecho de participación política se limita poco menos que a la selección de un conjunto de representantes a través del mecanismo de elecciones periódicas libres y competitivas. Los mecanismos de participación directa y semidirecta son regulados restrictivamente. En este contexto los partidos, articuladores necesarios de la representación política, pasan a convertirse en protagonistas del sistema político.

La ya analizada erosión del sistema representativo ha incentivado diversas propuestas doctrinales que buscan renovar los paradigmas del gobierno democrático. La respuesta a la crisis de la representación es, para parte significativa de la doctrina, la democracia participativa. En ella, representación y participación no son conceptos antagónicos, sino complementarios. La representación política se ve complementada por la participación ciudadana a través de la democracia directa y semidirecta. Los beneficios de este modelo democrático, ya puestos de manifiesto, redundan en el necesario refuerzo de la legitimidad de origen, ejercicio y resultado de la acción política.

Hasta aquí el capítulo I. El presente capítulo, el segundo de los que componen esta Tesis Doctoral, entra en materia constitucional propiamente dicha. La Constitución como norma suprema del ordenamiento se apoya en una serie de valores y principios fundamentales que condicionan el resto de la producción normativa. Como es comúnmente afirmado, en la consecución de esos valores descansa el proyecto constitucional<sup>114</sup>. El derecho de participación política encuentra su fundamento en un conjunto de valores y principios fundamentales: la soberanía popular, el pluralismo político y el principio democrático. El entendimiento que de los mismos – en cuanto al contenido y límites – se haga permite catalogar cada modelo democrático como una democracia abierta o militante. La consecuencia directa es la posibilidad o no de realizar reformas sobre aquellos elementos que componen el núcleo duro de la constitución.

---

agotan los cauces de expresión del pluralismo social, que se manifiesta también a través de los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás formaciones colectivas que integran la diversidad de creencias e intereses que existen en una comunidad de hombres libres”.

<sup>114</sup> Cf. Fioravanti, 2007, p. 128.

Hemos afirmado en el párrafo precedente que la participación política no es tan solo un principio o valor. Es, ante todo, un derecho fundamental provisto de una doble dimensión – objetiva y subjetiva –. Esta es la naturaleza de los artículos 23 CE y 14-16 de la CF. El análisis y entendimiento que sobre el contenido de una y otra dimensión han realizado los diversos operadores jurídicos resultan esenciales en la determinación de su eficacia material. En este punto, es de especial importancia tener en cuenta las profundas transformaciones del Estado acaecidas en las últimas décadas – principalmente motivadas por el fenómeno de la globalización – con incidencia directa en el contenido subjetivo del derecho.

El objetivo es concretamente, y como afirma Zagrebelsky (2008, pp. 9-10) “[poner] en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente”. La nacionalidad y la ciudadanía como criterios de titularidad del derecho de participación política son paradigmas propios de un modelo de Estado hoy día superado. Los incesantes flujos migratorios han cambiado por completo la morfología de los Estados nacionales. Seguir ignorando esta realidad, que supone excluir a un buen número de extranjeros de la titularidad del derecho de participación política, es manifiestamente contrario a un principio elemental del Estado democrático: aquéllos que están obligados por las normas deben poder participar en la creación de las mismas. La demostración de estas afirmaciones ocupará este capítulo.

## 2.1 EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO COMO FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

Las CE 1978 y CF 1988 incluyen el principio democrático en el art. 1 al definir la forma de Estado como democrático<sup>115</sup>. El hecho de ser el principio democrático definidor de la forma de Estado lo convierte, *ipso facto*, en elemento nuclear del sistema en una doble dimensión: la de principio material e, igualmente, estructural del ordenamiento en su conjunto (ARAGÓN REYES, 1988, p. 29). Su principal

---

<sup>115</sup> Art. 1.1 CE: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Art. 1 CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]

característica es su contenido, eminentemente transformador de la realidad, a través del fomento de la participación pública en el proceso de construcción y reconstrucción de un proyecto de sociedad: la democrática (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2013, p. 113). Su centralidad sistémica no impide afirmar la excesiva vaguedad conceptual de la expresión como fórmula jurídicamente operativa. A ello contribuye, no cabe duda, su condición de principio general.

El principio democrático presenta un significado tan relevante como indeterminado: la titularidad popular del poder. La adecuada comprensión del contenido de la atribución de la titularidad del poder al pueblo precisa de un ejercicio de síntesis<sup>116</sup>. Una primera tentativa es la *juridificación del poder constituyente* que implica, como afirma Aragón Reyes (1988, p. 30), “la atribución jurídica al pueblo de la capacidad de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno (arts. 1.2 y 168 de la Constitución)”. En este caso, el principio democrático opera como criterio de validez, pero no de legitimidad. Para alcanzar su verdadera significación como elemento nuclear del sistema ha de ser entendido como principio de legitimidad del texto constitucional, es decir, como núcleo de comprensión del texto constitucional y directriz funcional primaria del conjunto del ordenamiento.

Gomes Canotilho (2012, p. 288) ofrece una descripción semántica del principio democrático al definirlo como “[...] *forma de vida*, como *forma de racionalización del proceso político* y como *forma de legitimación del poder*”. Más allá de su dimensión técnica o procesal, referida principalmente a la selección de los gobernantes y la creación de las normas de Derecho, el principio democrático tiene por fin constituirse en el *impulso dirigente* de un tipo de orden social específico: la sociedad democrática.

Siguiendo la línea de pensamiento de los citados autores, es lícito afirmar que la concreción del principio democrático se sustancia en tres momentos a través de los cuales se realiza la idea de democracia: el momento de la fundamentación del poder, el

---

<sup>116</sup> Brey Blanco (2002, p. 74) alude a la importancia de clarificar conceptos que pueden generar confusión al afirmar: “A veces usamos estos conceptos mezclándolos con otros o haciéndoles «decir» cosas que en realidad nunca estuvieron dispuestos a decir. El empeño por clarificar su significado se convierte así en una tarea de vital importancia, pues de ella depende no solo el buen entendimiento de los científicos (suponiendo que se puedan alcanzar acuerdos que convengan a todos) sino – lo que es más importante – que en el lenguaje habitual y en el lenguaje político no se cometan errores de consecuencias imprevisibles o, sin necesidad de llegar tan lejos, que no se mantengan situaciones de malestar que pueden perfectamente evitarse con sólo iluminar ciertas zonas oscuras en el uso de las palabras y las expresiones”.



de la participación en el poder y el de la organización y funcionamiento de los poderes públicos (GARRORENA MORALES, 2011, p. 125). Estos tres momentos son reflejo del carácter pluridimensional del principio democrático.

Como principio de fundamentación del poder, el principio democrático condiciona *ab initio* la legitimidad de los poderes del Estado y de las normas que componen el ordenamiento jurídico al consentimiento de los gobernados, incluyendo la propia Constitución. No significa *per se* la eliminación de las estructuras de dominio en que se asienta el poder político, sino su reorganización a través de la autodeterminación y el autogobierno por su supremo titular: el pueblo. Como principio de organización, implica que el poder político se encuentra constituido, legitimado y sujeto al control del pueblo, que goza igualmente de la prerrogativa de participar en el proceso de organización de la forma de Estado y de gobierno (GOMES CANOTILHO, 2012, p.290; MORAES DA SILVA, 2005, pp. 226-7).

Dicho en otros términos: el principio democrático entendido como «fundamentación del poder» niega la posibilidad de un poder político presupuesto y justificado *ab origine*. El poder político, dominación de unos sobre otros, ha de estar residenciado en un titular investido de legitimidad de uso. En democracia ese titular no puede ser otro que el pueblo, depositario último de la soberanía. La legitimación popular del poder, inseparable de la propia idea de Constitución y dotada de auténtico significado jurídico-positivo, al ser la propia Constitución la que atribuye la soberanía al pueblo, implica la atribución del poder constituyente al pueblo<sup>117</sup>.

La titularidad última del poder por el pueblo plantea una cuestión tan relevante como de difícil solución: ¿puede la voluntad general del pueblo, titular supremo del poder político, subvertir el orden democrático hasta el punto de destruir la democracia?<sup>118</sup> La realización de un breve *excursus* sobre el poder de reforma y sus límites se justifica en que, tanto en el modelo español como en el brasileño, la ubicación

---

<sup>117</sup> En este sentido, Silva (2007, p. 68) afirma: “El poder constituyente reposa en el pueblo. Es la *voluntad política del pueblo* capaz de *constituir* el Estado por medio de una constitución”.

<sup>118</sup> En esta línea, Garrorena Morales (2011, p. 126) se pregunta lo siguiente: “La cuestión principal que suscita el principio democrático [...] consiste en saber si, una vez que hemos definido a la voluntad popular como apoyo último del sistema y, por tanto, de la Constitución misma, una decisión suya podría – en uso de dicha ultimidad – subvertir el propio orden democrático y autodestruirse a si misma como tal soporte. Ello es tanto más planteable cuanto que el artículo 168 CE permite hoy aplicar el principio democrático a la derogación del artículo 1.2, en el que la soberanía nacional se contiene”

sistemática del derecho fundamental de participación política y los partidos políticos los hace acreedores de una especial protección constitucional.

### **2. 1. 1 Principio democrático y reforma constitucional: el modelo español.**

La CE 1.978 regula la reforma constitucional en el Título X bajo la rúbrica “De la reforma constitucional”. La lectura de los arts. 167 y 168 permite, desde la perspectiva de la interpretación literal, afirmar la inexistencia de límites materiales al procedimiento de reforma. El propio texto constitucional establece dos procedimientos diferenciados de reforma del texto constitucional, según los requisitos procedimentales exigidos y el ámbito material afectado. El art. 168, regulador del «procedimiento agravado de reforma», permite la revisión de los elementos nucleares del sistema constitucional democrático: el Título Preliminar, el “núcleo duro” de los derechos fundamentales (Capítulo II, Sección 1ª del Título I) y el Título II<sup>119</sup>.

Una primera limitación implícita a la posibilidad de revisión total de la CE mediante el art. 168 CE es el art. 10 CE. Es bien sabido que este precepto alude a los «derechos inviolables» que son «inherentes» a la persona y a su condición de «fundamento del orden político y la paz social». Los derechos inviolables, no hay duda, son fundamento del orden político constituido en un momento histórico determinado por el constituyente. Son, por tanto, dique de contención frente al resto de poderes constituidos y el art. 167. La inexistencia de límites materiales expresos o implícitos en el texto de la CE implica, sin embargo, que esos derechos no pueden impedir la constitución de otros posibles órdenes políticos que en el futuro pudieran establecerse.

---

<sup>119</sup>Pérez Royo (1987, p. 188) sintetiza el “espíritu” del artículo 168 CE en los siguientes términos: “Desde una perspectiva estricta y exclusivamente formal el artículo 168 plantea en nuestro Derecho Constitucional la cuestión de la reforma total de la Constitución como procedimiento diferente de la reforma parcial o reforma a secas de la Constitución, que es la que se regula en el artículo 167[...]. Pero desde un punto de vista material, sustantivo, no es éste el único problema que se plantea sino que, junto a él, aparece también de manera encubierta el tema de los límites de la reforma constitucional, que tanto ha sido discutido en la literatura constitucional europea. Y es así porque, aunque la Constitución española no contiene cláusula de intangibilidad alguna, como hacen otras europeas, sin embargo, el complicadísimo procedimiento de reforma que diseña en este artículo está materialmente destinado a hacer inviable la reforma total o la de aquellas partes de la Constitución especialmente protegidas, cuya reforma se asimila a la reforma total. [...]. En realidad, la razón de ser de esta opción del Constituyente español es la de que, en última instancia, el problema al que se pretendía hacer frente con este artículo 168 no era el de la reforma total, sino el de los límites de la reforma de la Constitución. Ante la imposibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad, como se hubiera deseado, [...], para impedir *de iure* el cambio de la Constitución en determinados contenidos, el Constituyente español ha buscado un rodeo para impedir *de facto* tal cambio. De ahí la artificiosidad del precepto, obligado a decir y a proteger lo que se quiere decir y proteger, pero sin poder afirmarlo expresamente”.

En definitiva, el art. 10 CE es susceptible de reforma mediante el procedimiento del art. 168 CE. (ARAGÓN REYES, 1989, p. 35)

La revisión total de la norma constitucional es sostenible *si y solo si* el soberano participa como última *fuera decisoria* del procedimiento revisor de forma coherente con su condición de supremo titular del poder político. No cabría calificar de Constitución democrática a aquella que sustrajese al soberano la capacidad de autodeterminarse dentro de los límites del Derecho cuando quisiese ejercer su soberanía. La existencia de límites materiales a la revisión constitucional, como la indisponibilidad de la forma democrática del Estado, es una restricción difícilmente justificable del mismo principio democrático. Implica forzar al pueblo a ejercer el derecho de autodeterminación normativa fuera del Derecho, sin procedimientos y garantías adecuadas y de una forma que su soberanía política no se refleja en soberanía jurídica. Imponer límites materiales al poder de reforma significa que el Derecho privilegia a las generaciones presentes frente a las venideras<sup>120</sup>. Cercenar la capacidad de decisión de las generaciones futuras hace del Estado constitucional un Estado democráticamente incompleto. Si estas se vieran forzadas a expresar su voluntad al margen de la norma el Estado democrático perdería su condición de Estado de Derecho y, por tanto, de Estado constitucional. (ARAGÓN REYES, 1989, p. 36)

Es el principio democrático el que confiere validez a la idea de la revisión integral de la norma constitucional en su condición de garante del autogobierno y la autodeterminación del soberano. Las únicas limitaciones a tal revisión deben ser de carácter procedimental y obra del propio soberano. De esta forma el Derecho, instrumento regulador de la convivencia civil, posibilita el que el pueblo soberano adopte por vías pacíficas y por los cauces jurídicamente instituidos en la norma suprema el orden político que considere adecuado a cada momento histórico. Dicho con otras palabras: el principio democrático, entendido como principio de organización del poder

---

<sup>120</sup> En este sentido, Balaguer Callejón (2009, p. 101) afirma: “[...] La excesiva rigidez de las normas fundamentales (Constitución y Estatutos de Autonomía, en el caso de España) como mecanismo de garantía de las minorías, en gran medida, carece de sentido en el contexto de la Unión Europea. Por el contrario, esta rigidez dificulta la realización de las reformas necesarias. La postergación indefinida de las reformas no contribuye a la racionalización del sistema y produce el efecto acumulativo por el cual problemas menores de carácter básicamente técnico acaban amplificándose y convirtiéndose en grandes problemas políticos. Ante esta situación, es necesario promover una cultura constitucional más abierta, que no se base en la sacralización de los textos fundamentales, sino en su consideración dinámica. Son las normas las que deben estar al servicio de la sociedad y las que deben adaptarse para hacer frente a las nuevas necesidades sociales”.

político, ha de permitir la adopción por el soberano del orden político que este prefiera libre y voluntariamente, de acuerdo a los procedimientos por él instituidos en la norma constitucional. Las decisiones adoptadas en democracia han de entenderse como provisorias y, por tanto, susceptibles de cambio de acuerdo a la voluntad de las generaciones presentes con un único límite infranqueable: el estricto cumplimiento de las garantías procedimentales (BASTIDA FREIJEDO, 1998, pp.455-6; PRESNO LINERA, 2003, pp. 23-4; PRIETO SANCHÍS, 2009, p. 154).

Ante este planteamiento, no faltan voces reputadas de la doctrina que afirmen la existencia de límites absolutos al poder revisor<sup>121</sup>. En opinión de Ignacio de Otto existe, al menos, un límite absoluto que no admite tesis en contrario: la democracia no puede destruirse a sí misma por decisión mayoritaria<sup>122</sup>. El principio democrático no legitima la destrucción de la democracia mediante el procedimiento de revisión constitucional<sup>123</sup>. Identificar democracia con procedimiento mayoritario es además de un simplismo una contradicción con el principio nuclear de la democracia: la soberanía popular. La voluntad de la mayoría no ha de ser confundida con la voluntad popular, bajo riesgo de construir una ficción que en modo alguno pueda considerarse propia de un sistema que se diga democrático<sup>124</sup>. (OTTO, 1985, p.30)

<sup>121</sup> En este sentido, cf. Miranda, 2009, pp. 283 y ss.

<sup>122</sup> Una interpretación concurrente es defendida por Bastida Freijedo (1998, p. 455) al afirmar que: “Por supuesto, si una Constitución prevé la posibilidad de una revisión total, desde el punto de vista jurídico nada hay que objetar, pero sí desde el punto de vista democrático. El problema de si por métodos democráticos se puede suprimir la democracia está mal planteado, porque se parte de la base de que el método democrático es el principio de la mayoría. Por el contrario, si el principio básico es el de minoría, no es *método democrático* aquel que impide a la minoría oponerse a una decisión radicalmente antidemocrática. Un sistema no es más democrático cuanto más abierto es, sino cuanto más abierto es en el tiempo (reversibilidad). Y aquí se unen de nuevo la esencia del sistema con la esencia de la democracia: su autorreferencialidad (libertad) y positividad (adaptación al pluralismo)”.

<sup>123</sup> En sentido contrario, Presno Linera (2003, pp.23-4) afirma: “La democracia es, pues, la mejor fórmula para estructurar el ordenamiento de manera que resulte permeable a las expectativas sociales y permita su realización normativa. La forma de lograrlo es mediante el establecimiento de unos procedimientos que hagan viable la mutación de las normas siempre que se cumplan los requisitos previstos para tal contingencia, que no tendrían que tener una entidad tal que conviertan, en la práctica, en imposible el cambio (por ejemplo, mediante la exigencia de que todos los integrantes de la sociedad estén de acuerdo para que este cambio pueda producirse); ni tampoco deberían, como regla de principio, impedir la realización de determinadas reformas en atención al contenido concreto que se quiere imprimir a las mismas. No obstante, si se quiere que siga existiendo la democracia tal y como la acabamos de describir, la consolidación de dichas transformaciones no podría alterar el carácter abierto del sistema, lo que significa que el mantenimiento de la apertura (de la posibilidad de recepción y expresión jurídica de las diferentes expectativas sociales) es el único límite que se puede imponer a la reforma del ordenamiento y, en particular a la norma suprema del mismo, la Constitución”.

<sup>124</sup> En sentido contrario, Aragón Reyes (1989, p. 40) desmiente el planteamiento de Ignacio de Otto – en el sentido de identificar democracia exclusivamente con el procedimiento mayoritario – al afirmar: “Entender que por defender la pertinencia teórica de la revisión total se acepta lisa y llanamente una concepción puramente formal o procedimental de la democracia me parece que sería incurrir en una grave

¿Por qué es una ficción? Por ser característica del principio mayoritario la no identificación entre mayoría, titular de la decisión, y el sujeto que soportará las consecuencias de la decisión, todos. Esa identificación tan solo sería factible en un sistema basado en la unanimidad como el imaginado por Rousseau. La ausencia de identidad entre voluntad mayoritaria y voluntad popular fuerza la conciliación del principio mayoritario con el pluralismo, garantía jurídica elemental en democracia traducida en *la posibilidad de lo otro*. Negar el espacio al otro mediante una regla procedimental, por muy reforzada que esta sea, es negar la esencia de la democracia. El pluralismo democrático excluye la supresión democrática de la propia democracia. Lo contrario sería afirmar la existencia de una omnipotencia que se destruye a sí misma, un sofisma a todas luces. (OTTO, 1985, p. 30)

Esta actitud es predicable de cualquier principio constitucional. La negación de que la democracia pueda destruirse a sí misma se sustenta en la máxima de que una norma no puede aplicarse a su propia reforma, que una proposición no puede ser aplicada a sí misma<sup>125</sup>. No faltan voces contrarias a este planteamiento, como la del prof. Presno Linera, para quien el principio democrático no puede considerarse límite material implícito y absoluto a la CE ya que la voluntad del constituyente contenida en el art. 168 CE incluye la conversión jurídica de nuestro sistema democrático en otro autocrático (PRESNO LINERA, 2003, pp. 25).

El marco teórico de la reforma constitucional está claramente definido en nuestro ordenamiento jurídico. Su claridad conceptual e intenso debate doctrinal se ve lastrado en la práctica por una cultura política extremadamente conservadora en materia de

---

simplificación, o en una cierta confusión. Porque una cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su realización y otra cosa es la idea de democracia que la Constitución tiene para su transformación. O, dicho en términos jurídicos, sería confundir legitimidad y validez, lo que nunca debe hacerse en la teoría constitucional”.

<sup>125</sup> En esta línea, Otto (1985, p. 31) afirma: “En efecto si una norma es reformable se debe a que otra – que la tiene por objeto y por ello se sitúa en un plano lógicamente superior – establece que es reformable. Si esa norma sobre la reforma no existe, ésta resultaría lógicamente imposible, ya que nunca podría explicarse como resultado de la aplicación de la norma a sí misma. Y esto quiere decir, en primer lugar, que si no hay normas sobre la reforma la Constitución es lógicamente irreformable, porque en cuanto conjunto de normas reguladoras de la creación de normas – conjunto de normas sobre normas – no es aplicable a sí misma. Y si hay normas sobre la reforma estas son a su vez lógicamente irreformables, dado que no existen a su vez otras lógicamente superiores que permitan su reforma. En toda Constitución hay, por tanto, un núcleo resistente a la reforma, y este núcleo es el integrado por las normas acerca de la reforma, que en ningún caso son reformables por aplicación a ellas mismas”.

reforma constitucional<sup>126</sup>. La fuerza de los acontecimientos ocurridos en la octava legislatura y en 2011 permite pensar que en España la reforma constitucional, más que un procedimiento jurídico para garantizar la supremacía del poder constituyente, es una posibilidad política que se activa o rechaza en función de cálculos políticos coyunturales de las dos principales fuerzas políticas nacionales. Dicho con otras palabras: la CE se viene reformando únicamente y exclusivamente por criterios políticos autónomos que poco o nada tienen que ver con consideraciones de orden jurídico<sup>127</sup>. (GARCÍA FERNANDEZ, 2012, p. 302)

### 2.1.2 Principio democrático y reforma constitucional: el modelo brasileño.

La CF 1988, como Constitución rígida que es, contiene igualmente entre sus disposiciones el instituto jurídico de la reforma constitucional. La rigidez constitucional sirve al propósito de otorgar estabilidad y permanencia al orden constitucional al imponer mayores dificultades procedimentales para alterar las disposiciones del texto constitucional que las establecidas para el legislador ordinario<sup>128</sup>. El poder de reforma garantiza la adaptación de la Norma Fundamental al devenir de los cambios sociales propios de un modelo de convivencia democrático<sup>129</sup>. Y es que, como afirma Bonavides

---

<sup>126</sup> En este sentido, López Aguilar (2012, p. 201) afirma: “Apoyándose en la prolongada etapa de loa a la transición, buena parte de la cultura e ideología dominante en los medios de comunicación se deslizó, desde finales de los años 90, hacia una suerte de *sacralización* del producto constituyente, al punto de situar en el disparadero de la «deslealtad a la transición» o de la «irresponsabilidad» a quien plantease seriamente un retoque en algún punto de la Constitución, como si hablar de ello fuese ya «ponerla en riesgo» aventureramente, o incluso pecar de un delito «lesa patria» o deserción ante el pelotón de patriotismo constitucional. Esta involución hiperconservadora a *conservacionista* de la Constitución alcanzó su punto álgido – no es difícil vislumbrarlo ahora con claridad retrospectiva – durante los años de Gobierno del PP entre 1996-2004, especialmente en la segunda etapa, con la mayoría absoluta de la VII Legislatura (2000-20004).”

<sup>127</sup> En este sentido, García Roca (2012, p. 19) afirma: “Ya no tenemos la Constitución más joven de Europa, un modelo de transición a la democracia, sino una de las Normas Supremas más viejas y necesitadas de reformas y, en consecuencia, más desgastadas y obsoletas. Ninguna Constitución puede sobrevivir si no se reforma periódicamente para actualizarla y paliar sus defectos; las normas constitucionales no pueden creerse inmutables sin preparar un incomprensible suicidio”.

<sup>128</sup> Brandão (2007, p. 7) define las notas elementales de la rigidez constitucional en los siguientes términos: “[...] las Constituciones rígidas, cuya nota distintiva es la supremacía jerárquica que ostentan frente a las leyes en general, sujetándose a un proceso de reforma más riguroso que el atinente a la producción de leyes, de manera que, en el caso de conflicto entre “ley constitucional” y ley ordinaria, prevalece la primera, pues, aunque cronológicamente anterior, goza de mayor jerarquía. En este modelo, compete al Poder Judicial dirimir el conflicto a través de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, de modo a cuidar de la supremacía de la Constitución, y, más específicamente, por la vinculación del Legislador al contenido constitucionalmente previsto de los derechos individuales”.

<sup>129</sup> “El poder constituyente de revisión es aquel poder inherente a la Constitución rígida que se destina a modificar esa Constitución según lo que ella establece. En verdad, el Poder Constituyente de revisión procura, en última instancia, permitir la mudanza de la Constitución, la adaptación de la Constitución a

(2010, p. 347) “las posibilidades de institucionalizar en el País un efectivo poder democrático dependen sobre todo de la correspondencia de la Constitución con la realidad”. (MARQUES TEIXIERA, 2003, p. 205; MIRANDA, 2010, p. 175; SARLET, 2012, pp. 104-5; GONET BRANCO, 2011, pp. 134-5)

La naturaleza jurídica del poder de reforma es la de un poder intermedio entre el legislador ordinario y el legislador constituyente; de invocación puntual, limitado y sometido a estrictos garantías procedimentales y límites materiales<sup>130</sup>. Es comúnmente aceptado en la doctrina brasileña el que la expresión “reforma” alude a toda y cualquier alteración del texto constitucional independientemente de la extensión de la misma. Dos son las modalidades o manifestaciones del género reforma constitucional”: la enmienda constitucional y la revisión constitucional<sup>131</sup>. En una aproximación meramente descriptiva, por enmienda constitucional se entienden aquellas alteraciones de naturaleza específica y limitada<sup>132</sup>. La revisión, por el contrario, hace referencia a una modificación relativamente profunda del texto constitucional. Tiene carácter excepcional, por cuanto solo fue recogida en el Acto de Disposiciones Transitorias (art. 3º). (SARLET, 2012, p.108; CUNHA JUNIOR, 2012, p. 254)

El procedimiento de reforma constitucional se regula en dos disposiciones de la Norma Fundamental. La enmienda constitucional se encuentra en el art. 60 CF, perteneciente al Título IV, Capítulo II, Seção VIII, Subseção II, titulado “Da emenda à

---

nuevas necesidades, a nuevos impulsos, a nuevas fuerzas, sin que para tanto sea preciso recorrer a la revolución, sin que sea preciso recorrer al Poder Constituyente originario”. (GONÇALVES FERREIRA FILHO, 2005, p.124). En sentido similar, cf. Valder do Nascimento, 1993, p. 132.

<sup>130</sup> Quadros de Magalhães (2010, p. 6) nos ofrece una definición descriptiva de mínimos sobre el poder de reforma en los siguientes términos: “El poder de reforma por medio de enmiendas se puede manifestar en general en cualquier momento, sufriendo límites materiales, circunstanciales, formales y algunas veces temporales. Este poder consiste en alterar puntualmente una determinada materia constitucional, añadiendo, suprimiendo, modificando línea(s), inciso(s), artículos de la Constitución”.

<sup>131</sup> “El poder constituyente derivado, o de reforma, por tanto se divide en dos: el poder de enmienda y el poder de revisión. Mientras el poder originario pertenece a una asamblea electa con la finalidad de elaborar la Constitución, dejando de existir al cumplir su función, siendo un poder temporal, el poder de reforma es un poder latente, que puede manifestarse en cualquier momento, toda vez que se cumplan los requisitos formales y observados sus límites materiales” (QUADROS DE MAGALHÃES, 2010, p. 6). En sentido similar, cf. Ayres Britto, 2005; Brandão, 2007; Vargas Groff, 2006; Sarlet, 2003; Antunes Rocha, 1993.

<sup>132</sup> Brandão (2008, p. 89) aclara el sentido de la enmienda al afirmar: “El proceso de enmienda a la constitución no debe ser muy fácil ni muy difícil. Un proceso de enmienda muy fácil, como el presente en constituciones flexibles, cuyos requisitos procedimentales son idénticos a los pertinentes a la elaboración de las leyes ordinarias, no distingue materia constitucional de la legislación ordinaria, equiparando, en consecuencia, los poderes constituyente y constituido. Se olvida, pues, de la noción de que el rito de alteración de la constitución debe consustanciarse en un proceso cuyos rigores procedimentales, lentitud, alto nivel de participación popular, etc, lo dotarían de un especial carácter deliberativo”.

Constituição”. La revisión, a diferencia de la enmienda, estaba destinada a ser usada una única vez transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la CF (art. 3º de las ADCT) una vez realizado el plebiscito sobre la forma y sistema de gobierno del modelo democrático brasileño (SARLET, 2012, p. 110; CUNHA JUNIOR, 2012, pp. 256-7). Por motivos de vigencia constitucional ceñiremos el examen a la enmienda constitucional.

El art. 60 CF tiene por objeto la ordenación general de los requisitos y limitaciones formales y materiales que afectan a la enmienda constitucional. En primera instancia el art. 60 I, II y III regula los órganos responsables de la iniciativa de reforma. Una ordenación que, debe decirse, no presenta grandes diferencias respecto del modelo español. Tanto en uno como en otro la legitimación para activar el procedimiento de enmienda constitucional descansa en el Poder Legislativo y Ejecutivo.

El artículo 60 I atribuye la legitimación tanto al Poder Legislativo central como a las distintas unidades legislativas de la Federación. La iniciativa de enmienda corresponde a un tercio *como mínimo* de los miembros de la *Câmara dos Deputados* o bien del *Senado Federal*. El texto constitucional no establece cual de los dos órganos ha de iniciar el procedimiento de reforma. La concreción procesal se encuentra definida en el Reglamento interno de las Cámaras legislativas<sup>133</sup>.

El apartado II, por su parte, atribuye igualmente la iniciativa del poder de reforma al *Presidente da República*. Tratándose de un acto emanado de un órgano unipersonal, la propuesta de enmienda se inicia obligatoriamente en la *Câmara dos Deputados*, conforme señala el inciso 1º del art. 201 de su Reglamento interno. El párrafo III del art. 60 CF reserva al *Congresso Nacional* la participación en el proceso legislativo, concluso mediante la promulgación y publicación de la enmienda. No cabe la participación del *Presidente da República*, como en el caso de las Leyes complementares u ordinarias, a través de la sanción o veto y promulgación<sup>134</sup>.

Por último, el apartado III establece que pueden activar la enmienda la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación mediante la mayoría simple de cada uno de sus miembros. En este caso, el procedimiento puede iniciarse en

---

<sup>133</sup> En este sentido, vid. art. 212 Reglamento del Senado Federal; art. 201, inciso I, Reglamento interno de la Cámara de los Diputados.

<sup>134</sup> Cf. Sarlet; Brandão, 2013, p. 1128.



cualquiera de las dos cámaras que componen el *Congresso Nacional* según se desprende de los Reglamentos internos de ambos cuerpos legislativos<sup>135</sup>. Esta hipótesis de reforma constitucional, procedimentalmente más compleja por la cantidad de órganos constitucionales envueltos, goza en abstracto de una mayor legitimidad democrática al traer origen de la mayoría de los Parlamentos de los Estados brasileños. Hubiera sido conveniente otorgarles la competencia de ratificar las enmiendas aprobadas por el *Congresso Nacional* mediante la mayoría absoluta de sus miembros siempre que representasen la mayoría de la población brasileña. Tal procedimiento reforzaría la legitimidad del poder de reforma y atribuiría mayor legitimidad al sistema federal brasileño. (VARGAS GROFF, 2006, p. 9)

Llegados a este punto, cabe preguntarse sobre la legitimación de la ciudadanía para activar el poder de enmienda constitucional a través de la iniciativa legislativa popular. El prof. José Afonso Da Silva afirma que con base en una lectura sistemática de los artículos 1º, párrafo único, el art.14 II y III, y el art. 49 de la CF no está expresamente excluida la utilización de estos instrumentos de participación popular en materia de reforma constitucional. Su uso, sostiene el propio autor, dependerá del desarrollo y la práctica que los distintos operadores jurídicos hagan del principio fundamental de democracia participativa establecida en la CF. Los requisitos procedimentales serán análogos a los establecidos con carácter general para la iniciativa legislativa popular, es decir, estar suscrito por el 1% del electorado brasileño, distribuido como mínimo por 5 Estados y sometido a la barrera electoral del 0,3% en cada uno de los Estados<sup>136</sup>. (SILVA, 2005, pp. 63-4)

Una postura semejante, si bien no concluyente, es la mantenida por el prof. Sarlet. Los mecanismos de participación directa insertos en el texto constitucional son manifestaciones del titular del poder constituyente. Como tales, refuerzan la legitimidad democrática del proceso de enmienda constitucional y de las propias alteraciones de contenido, sobre todo cuando la iniciativa popular se encuentra sometida a limitaciones formales, materiales y circunstanciales. (SARLET, 2012, pp. 115-6). En nuestra opinión, resulta contrario al principio democrático que el titular del poder constituyente no pueda, a través de la iniciativa popular, promover la reforma del texto constitucional.

---

<sup>135</sup> En este sentido, vid. art. 212 *caput* del Reglamento del Senado Federal; art. 201, inciso I, Reglamento interno de la Cámara de los Diputados.

<sup>136</sup> En sentido contrario, cf. Gonet Branco, 2011, p. 136.

Una situación que se agrava dado el férreo control de la iniciativa popular por parte de los centros de decisión estatal.

El párrafo II del artículo 60 regula el procedimiento de aprobación de la enmienda constitucional. El proyecto ha de ser aprobado en cada casa del *Congresso Nacional* en dos turnos de votación y con el quórum reforzado de 3/5 de los votos de cada miembro en cada turno de votación. Es aquí donde se manifiesta con mayor claridad la rigidez constitucional al exigir mayorías superiores para la reforma de la Constitución que la requerida para cualquier otra norma. La exigencia de una doble votación en cada Casa del Congreso a aprobar por mayoría de 3/5 es la mayor dentro del proceso legislativo. El legislador constituyente delegó en el *Congresso Nacional* la enmienda de la Constitución con la finalidad última de auto-regeneración y auto-conservación y depurando aquellas normas que la evolución política, social y jurídica pudiera aconsejar y sustituirlas por otras que sinteticen tales cambios y por ello revitalicen la Constitución (MACHADO HORTA, 1994, p. 48)

La naturaleza del poder de reforma es definida, entre otros, por el prof. Ayres Britto. En opinión del ilustre profesor y ex-Ministro del *Supremo Tribunal Federal*, los actos de reforma de la Carta Magna son únicamente válidos en tanto en cuanto supongan: a) El fortalecimiento de los fundamentos organizativos de la República Federativa enumerados en el art. 1º, incisos I a V<sup>137</sup> y/o; b) El logro de los objetivos fundamentales de la propia República Federativa, esculpidos en el art. 3 CF<sup>138</sup>. La reforma de la Constitución debe perseguir únicamente el perfeccionamiento de aquello que se propone con el acto propio de reforma<sup>139</sup>. La intención de la reforma ha de ser servir mejor a la Constitución o, en palabras del propio autor (2005, p. 7) “para que los

<sup>137</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

<sup>138</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>139</sup> En este sentido, Machado Horta (1994, p. 54) afirma: Contendida por las limitaciones materiales explícitas y por las limitaciones implícitas, que circunscriben el cuadro de su competencia, la revisión constitucional dispondrá, entretanto, de margen apreciable de actuación. La actividad revisionista representará una oportunidad histórica para, en una nueva lectura de la Constitución, corregir demasías, mejorar institutos y reglas, eliminar rumbos conflictivos, de modo que se pueda consolidar en el alma y el espíritu del pueblo el acatamiento a la Constitución, como instrumento de evolución pacífica del Estado y de la sociedad, indispensable al bien estar social de los brasileños”.

principios estructurantes de la Constitución tengan a su disposición todos los medios de concreción que el pasar del tiempo exija como los más adecuados”. Dicho con otras palabras: el objetivo de la reforma no ha de ser jamás el de defraudar o debilitar los principios axiales de la Constitución ya que la obra constitucional como un todo, en su núcleo elemental, ha de sobreponerse a cualquier reforma<sup>140</sup>. (AYRES BRITTO, 2005, pp. 5-7; MARTINS DE ANDRADE, 2009, p. 210)

Bosquejada la naturaleza y funciones del poder de reforma en ambos modelos constitucionales, la gran diferencia entre ambos se plantea en el entendimiento que de la *clásica* tensión entre democracia y constitucionalismo hizo el legislador constituyente brasileño. La democracia tiene por objeto el logro de la autorreferencialidad normativa del pueblo. El constitucionalismo implica la imposición de límites materiales a la soberanía popular dejando al margen de la deliberación democrática determinadas materias tenidas por fundamentos de la convivencia democrática y cuya reforma es competencia única del poder constituyente originario. Dicho con otras palabras: mientras el ideario constitucionalista establece su epicentro teórico en la limitación del poder político por los diversos centros de poder, la democracia refuerza la extensión del mismo en favor de su titular supremo. (BRANDÃO, 2008, p. 33; KARAM DE CHUEIRI Y GODOY, 2010, p. 160)

En este sentido, el legislador constituyente democrático optó por la imposición de límites materiales explícitos al poder de reforma constitucional al introducir en el cuerpo de la CF las denominadas *clausulas pétreas o garantías de eternidad*<sup>141</sup>. Su presencia en el constitucionalismo brasileño no es en modo alguno una cuestión

---

<sup>140</sup> En este sentido, Goes Nogueira (2005, p. 84) afirma: “El principio orientador del establecimiento de clausulas pétreas en la Constitución es la idea de que no puede haber un aniquilamiento de la obra constitucional por parte del poder de reforma. Una reforma constitucional no podría jamás ser neutra en relación a los valores de la Constitución. Ella debería, al contrario, ser parcial en el sentido de proteger y garantizar la Constitución que la previó. Una Constitución no podría proveer un método legal para la abolición de su propia legalidad, y mucho menos, un medio legítimo de destrucción de su propia legitimidad”.

<sup>141</sup> Goes Nogueira (2005, p. 83) define el término clausula pétrea de la siguiente manera: “El adjetivo pétrea viene de piedra, significando “pedroso” y, em el sentido figurativo, “duro como piedra”, “insensible”. Por tanto, en sentido constitucional, clausula pétrea es aquella inmodificable, irreformable, no susceptible de mudanza formal. Así, las clausulas pétreas son clausulas de irreformabilidad total o parcial de la Constitución, en defensa de la perennidad de la obra del legislador constitucional. Son límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional y que operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente derivado. Se trata de garantías del propio Estado Democrático de Derecho, que pretenden asegurar la identidad ideológica de la Constitución, evitando la violación de su integridad y la desnaturalización de sus preceptos fundamentales. Protegen, en definitiva, su núcleo intangible”.

novedosa. Otros textos constitucionales históricos ya contaron con ellas en sus disposiciones, si bien se ceñían a la inderogabilidad de la forma republicana del gobierno y la forma federativa del Estado<sup>142</sup>. La novedad radica en la ampliación del ámbito material a los derechos y garantías individuales, el derecho de sufragio con sus características esenciales □ directo, secreto, universal y periódico □ y la Separación de Poderes. La extensión del ámbito material de las cláusulas pétreas es para parte de la doctrina muestra inequívoca de la desconfianza del constituyente en el sistema político que estaba instituyendo al limitar la acción política de las generaciones futuras (GOES NOGUEIRA, 2005, p. 85). Para otros autores, es instrumento de prevención frente a ocasionales mudanzas caprichosas al abrigo de mayorías ocasionales evitando reformas que por su amplitud y profundidad pudieran desnaturalizar el orden constitucional (FERREIRA, 1996, p. 290; GONET BRANCO, 2011, p. 135; SARLET; BRANDÃO, 2013, p. 1129)

Cualquier aproximación que se haga a la significación jurídica de las cláusulas pétreas debe comenzar con un ejercicio de aproximación tipológica basado en la clásica distinción de Karl Loewenstein. Por *garantías de eternidad* se entiende primeramente el conjunto de medidas para proteger determinadas instituciones, es decir, la intangibilidad articulada. En segundo lugar, la expresión alude a aquellas cláusulas que buscan proteger determinados valores o principios no explícitamente contenidos en disposiciones o instituciones constitucionales concretas, es decir, los principios inherentes o inmanentes al texto constitucional. (LOEWENSTEIN, 1979, p. 189)

La fórmula adoptada por el constituyente brasileño legitima *¿inequívocamente?*, que los principios y valores elementales en que se sustancia el orden constitucional brasileño estén expresamente vedados al poder constituyente derivado o poder de reforma<sup>143</sup>. Mayorías ocasionales no pueden, por amplias que sean, alterar el texto constitucional en sus principios esenciales<sup>144</sup>. El objeto de las cláusulas

<sup>142</sup> En este sentido, *vid.* art. 90, §4, de la Constitución de 1891, que incluía igualmente la representación de los Estados en el Senado, a semejanza de la Constitución de los EE.UU; el art. 178, § 5, de la Constitución de 1934; el art. 217, § 6° de la Constitución de 1946; art. 51 de la Constitución de 1967; y los artículos 47 y 48 de la Enmienda Constitucional n.º 1 de 1969.

<sup>143</sup> “El nervio de la constitución, su alma, sus impresiones digitales, en fin, todo lo axiológicamente la personaliza frente a las demás Constituciones (sea materialmente, sea desde el punto de vista formal o procesal) tiene que permanecer a salvo de *desustancializaciones*”. (AYRES BRITTO, 2005, p. 10)

<sup>144</sup> “[...] la positivación constitucional de los derechos y garantías individuales se destina, notoriamente, a promover la limitación jurídica del poder político en pro de la protección del individuo, objetivo que, [...], integra la esencia del constitucionalismo moderno desde su génesis, en el periodo pos-

pétreas no es evitar la destrucción pura y simple de la Constitución o de ciertos valores tenidos por superiores, sino la prohibición de presentar propuestas que tiendan a abolir y/o minimizar o vaciar de contenido y eficacia elementos tales como la forma federativa del Estado, el voto directo, secreto, universal y periódico, la separación de poderes y los derechos y garantías individuales<sup>145</sup>.

Dicho con otras palabras: el alcance de la expresión *tendente a abolir* incluye tanto aquellas propuestas directamente lesivas de las cláusulas pétreas cuanto las que las perjudicasen de forma indirecta. *A sensu contrario*, la expresión “tendente a abolir” permite propuestas de enmiendas tendentes a ampliar las previsiones del § 4 del artículo 60 CF. (SANT’ANA PEDRA, 2006, p. 138)

Vargas Groff va más allá al atribuir la condición de cláusula pétrea implícita al propio art. 60 así como a las materias incluidas en el propio Título I de la Constitución referidos a los Principios fundamentales (VARGAS GROFF, 2005, p. 10). El prof. Machado Horta afirma la existencia de límites materiales implícitos al poder de reforma que vendrían a completar el catálogo de materias resistentes al procedimiento de reforma constitucional, de entre los cuales cita los principios de las relaciones internacionales (art. 4º, I a X, así como el párrafo único), los derechos sociales (arts. 6º e 7º), la definición de la nacionalidad brasileña (art. 12, I, a, b, c, II, a, b), etc (MACHADO HORTA, 1994, p. 49).

Para Ingo Sarlet, la existencia de límites materiales expresos, conocidos indistintamente como cláusulas pétreas, garantías de eternidad o cláusulas de intangibilidad no excluye otras limitaciones que aunque no estén expresamente enunciadas en el texto constitucional son reconocidas como límites materiales implícitos, inmanentes o no escritos. Son límites materiales implícitos en la CF 1988 el elenco de principios fundamentales del Título I (arts. 1º a 4º), aun cuando buena parte

---

revolucionario. En efecto, la previsión constitucional de los derechos y garantías individuales tienen por finalidad colocar prerrogativas inherentes a la dignidad humana por encima del poder de deliberación de órganos del Estado, de forma a evitar que mayorías políticas ocasionales, estimuladas por éxitos electorales coyunturales, coloquen en riesgo su tutela”. (BRANDÃO, 2007, p. 6)

<sup>145</sup> Sobre la eficacia de las cláusulas pétreas, Loewenstein (1979, p. 192) afirma: “En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales – y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa -, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan solo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política”.

de ellos aparezcan recogidos de forma expresa en el art. 60 § 4º, incisos I a IV. No parece razonable admitir la irreformabilidad de la Federación y el principio de separación de poderes y excluir al mismo tiempo de la categoría de clausula pétrea, siquiera implícita, el principio de la dignidad humana. Un principio dotado de funciones autónomas propias más allá de su condición de integrador del contenido esencial de los derechos fundamentales. Otras clausulas pétreas implícitas serían la forma de gobierno republicana y el sistema presidencialista que, al ser incorporadas definitivamente mediante plebiscito al texto constitucional, quedarían fuera del ámbito material a disposición del poder de reforma<sup>146</sup>. (SARLET, 2012, pp. 124 y ss)

En sentido radicalmente contrario, Gonçalves Ferreira Filho (1995, p. 14) descarta la existencia de clausulas pétreas implícitas al afirmar, no sin cierta dosis de refinada ironía que “es difícil admitir que el constituyente, al enunciar el núcleo intangible de la Constitución lo haya hecho de un modo incompleto, dejando en silencio una parte del mismo, como para excitar la capacidad investigadora de los juristas”. En un trabajo posterior el propio autor afirma la revocabilidad de las clausulas pétreas mediante un complejo proceso de doble revisión iniciado mediante la supresión de la clausula protectora y culminado al reformar el principio, la regla o el instituto previsto, cuestión, en palabras de este, altamente compleja (GONÇALVES FERREIRA FILHO, 2005, p. 177).<sup>147</sup>

Cualquier texto constitucional digno de tal nombre se asienta en el reconocimiento y protección jurídica al máximo nivel de unos principios y valores, parámetros conformadores y hermenéuticos de la producción del Derecho positivo. Tales principios y valores constituyen la identidad básica, el corazón del proyecto constitucional democrático. Las clausulas pétreas pretenden garantizar que el núcleo esencial del proyecto así positivado por el *Poder Constituyente originario* quede fuera del alcance material de eventuales cambios en la dinámica social y política que precisen

---

<sup>146</sup> En sentido contrario al prof. Sarlet, Brandão (2008, p. 14) afirma: “Con todas las venias debidas al ilustre constitucionalista gaucho [*en referencia al prof. Sarlet*], nos parece que una exégesis tal amplía excesivamente el ámbito de protección del art. 60, § 4º, IV, de la Constitución de 1988, sujetando las generaciones pos-88 a un espectro muy amplio de normas establecidas por la generación constituyente, muchas de ellas de índole puramente organizativa y desposeídas de especial dignidad normativa. De esta forma, el régimen constitucional brasileño, merced de una interpretación judicial excesivamente “activista”, asumiría un nivel altísimo de rigidez constitucional, que haría factible la instalación de verdadero “gobierno de los muertos sobre los vivos”.

<sup>147</sup> En sentido contrario, cf. Sarlet, 2012, pp. 127 y ss.

activar el mecanismo de la reforma constitucional. Para este poder las cláusulas de intangibilidad garantizan la inalterabilidad e inmutabilidad de los principios elementales en que se sustenta el orden jurídico-político brasileño y sin los cuales no sería posible su supervivencia<sup>148</sup>. Solo pueden ser abolidas mediante la oportuna “invocación” al poder constituyente originario, substituyendo el orden vigente por otro de nueva creación. (ASSIS CABRAL, 2012, p. 428; BRANDÃO, 2007, p. 8; GONET BRANCO, 2011, p. 137; SAMPAIO, 1995, pp. 92 y ss; SARLET, 2011, p. 412)

No hay que olvidar que la propia Constitución es una norma esencialmente abierta, un acto de creación por una determinada sociedad - a través de un reducido cuerpo de representantes – que pretende normativizar a presente y futuro los principios y valores elementales que posibilitan una convivencia social estable y duradera<sup>149</sup>. Como reflejo normativo de una sociedad y un tiempo histórico determinados, la propia Constitución debe garantizar su adaptabilidad a aquellas mutaciones sociales ampliamente respaldadas por el titular de la soberanía popular<sup>150</sup>.

La Constitución no puede en modo alguno abstraerse de las circunstancias concretas de una época, de manera que su pretensión de continuidad y vigencia tan solo puede realizarse teniéndolas en cuenta (HESSE, 1983, p. 75). El poder de reforma constitucional es la posible alteración formal, racional y planificada del texto constitucional basada legítimamente en los deseos del pueblo expresamente manifestados con el objeto de que la Ley Magna satisfaga los ideales e ideas tenidas por justas en determinado momento histórico (ANTUNES ROCHA, 1993, p. 165).

<sup>148</sup> En este sentido, Ferreira Mendes (1997, p. 49) afirma: “No hay duda, además, de que la tesis que vislumbra en las garantías de eternidad una “prohibición de ruptura de determinados principios constitucionales” [...] no parece merecer reparos desde un prisma estrictamente teórico. No se trata de una autovinculación [...] del constituyente, hasta porque esta solamente podría ser admitida en el caso de identidad entre el constituyente y el legislador constituyente o, en otros términos, entre el detentor del poder constituyente originario y derivado. Al revés, es la distinción entre los poderes constituyentes originarios y derivado la que permite afirmar la legitimidad del establecimiento de esa prohibición [.....]”.

<sup>149</sup> “Cuando la Asamblea Nacional Constituyente elabora y promulga una nueva Constitución, sabe que va ser perfeccionada con el paso del tiempo. Ello porque ninguna norma es perfecta, ni siquiera en el momento de su promulgación, y, con el pasar del tiempo, ha de ajustarse a las nuevas necesidades de la sociedad”. (VARGAS GROFF, 2005, p. 11)

<sup>150</sup> En sentido contrario, Ferreira Mendes (1997, p. 48) afirma: “Una concepción consecuente de la idea de soberanía popular debería admitir que la Constitución pudiese ser alterada a cualquier tiempo por decisión del pueblo o de sus representantes [...]. Evidentemente, tal entendimiento llevaría a una inestabilidad de la Constitución, a despecho de las cautelas formales establecidas para una eventual mudanza. Resulta evidente aquí la permanente contradicción entre el poder constituyente originario, que otorga al pueblo el derecho de alterar la Constitución, e la vocación de permanencia de esta, que repugna mudanzas substanciales”.

El principal foco de tensión entre rigidez y reforma se sitúa en lograr la deseada armonía entre la adaptabilidad de la Norma Fundamental a los cambios sociales y la necesaria estabilidad jurídico-política del conjunto del sistema, propiciada primordialmente por la Constitución<sup>151</sup>. ¿Hay que limitar el poder de reforma constitucional? Y si es así ¿dónde situar el límite? Una restricción excesiva del poder de reforma llevaría a una más que probable *periclitación* del texto constitucional<sup>152</sup>. Lo contrario, el *hiperreformismo* constitucional, conduciría a la *depreciación* de la Constitución como norma suprema del ordenamiento y a una indeseable inseguridad jurídica<sup>153</sup>. Una problemática, *periclitación vs depreciación constitucional*, que se torna aun más compleja por la naturaleza analítica de la CF. La inclusión por el constituyente de numerosas materias que podrían haber sido reguladas por el legislador ordinario torna más imprecisos los límites del ámbito material de las cláusulas pétreas<sup>154</sup>. Basta mencionar posibles reformas que afectasen a la organización estatal, materia profusamente tratada en el texto constitucional.

Hemos visto como la existencia de cláusulas pétreas imposibilita alterar determinados ámbitos materiales del texto constitucional con independencia de

---

<sup>151</sup> En este sentido, Otto (2007, p.59) afirma: “La rigidez constitucional persigue el doble objetivo de asegurar la estabilidad y posibilitar el cambio. La existencia de un procedimiento de reforma significa que la propia Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar así que sus exigencias constitucionales se tengan que realizar al margen del derecho vigente. Pero la rigidez reduce en mayor o menor medida esta mutabilidad en favor de la estabilidad, sustrayendo la Constitución a la libre disposición de los órganos sujetos a ella. De otro modo – con una reforma absolutamente flexible- no desaparecería la superioridad de la Constitución respecto de las restantes normas [...], pero el legislador tendría libre disposición acerca de su contenido y esa superioridad vería mermado su alcance práctico. A la hora de regular la reforma constitucional, por tanto, es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio”.

<sup>152</sup> “No se puede negar, sin embargo, que la aplicación ortodoxa de esas cláusulas, al contrario de asegurar la continuidad del sistema constitucional puede anticipar su ruptura, permitiendo que el desarrollo constitucional se realice fuera de una eventual camisa de fuerza del régimen de la inmutabilidad”. (FERREIRA MENDES, 1997, p. 49)

<sup>153</sup> “[...] el pueblo tiene que conocer las leyes de su país. El hecho de alterar la ley frecuentemente impide o dificulta su conocimiento. Además, al surgir una nueva norma, se hace necesario un plazo para aprehender el sentido de la norma y, finalmente, consolidado. Y conocer la ley en verdad significa conocer el sentido de la ley, y más precisamente conocer la interpretación dada por los Tribunales que aplican las leyes. La situación es obviamente compleja para el pueblo, inclusive para los operadores del Derecho. Además, conocer las leyes es uno de los presupuestos para la construcción de un Estado democrático y de Derecho. [...] La Constitución, como Ley mayor, Ley Fundamental, con más razón debe ser de conocimiento por todos, y, además, más preservada que las demás normas. Siendo así, las alteraciones frecuentes de la Constitución generan todavía mayor dificultad para su conocimiento, por el hecho de conllevar la necesidad de actualización en relación a sus alteraciones, lo que implica también actualización de la materia en nivel doctrinario y jurisprudencial”. (VARGAS GROFF, 2005, p. 11).

<sup>154</sup> En palabras de Barroso (2008, p. 32) la CF es un texto “más que analítico, casuístico, prolijo y corporativo. Ese defecto no lo ha curado el tiempo: muchas de las enmiendas, inclusive al ADCT, estiraron todavía más la carta constitucional a lo largo de los años”. En sentido similar, cf. Braga, 2008.



mayorías *hiperreforzadas*. La interpretación excesivamente formalista de las “garantías de eternidad” trae consigo, inevitablemente, el anquilosamiento del propio texto constitucional. La norma constitucional ha de poder adaptarse a las exigencias y demandas inequívocamente respaldadas por el titular de la soberanía popular<sup>155</sup>. La aludida eternidad de las cláusulas pétreas es por sí misma contraria a la naturaleza *forzosamente* evolutiva y transformadora de la sociedad democrática<sup>156</sup>.

Esta posición encuentra opositores entre la doctrina brasileña. Ayres Britto considera que las cláusulas pétreas deben ser objeto de interpretación extensiva al garantizar la propia estabilidad del texto constitucional. La restricción, concluye el autor, ha de recaer sobre las normas constitucionales autorizantes de enmiendas en su condición de excepciones al principio lógico de estabilidad del texto constitucional. Análogamente, Vargas Groff considera que las reformas constitucionales no pueden alterar la esencia de la Constitución, so pena de desproveerla de unidad de sentido. Para el autor, la esencia inmutable de la CF se encuentra en los Principios fundamentales del Título I y los derechos fundamentales del Título II (VARGAS GROFF, 2006, p. 14).

Siendo sugerentes las posiciones de uno y otro académico, discrepamos abiertamente de la indiscutible utilidad de las cláusulas pétreas como garantes de la estabilidad política. Uno de los argumentos esgrimidos por uno y otro autor es la más que probable utilización demagógica y/o oportunista del poder de reforma por mayorías políticas puntuales. La propia naturaleza del poder de reforma como poder apriorísticamente condicionado por severas restricciones procedimentales hacen del mismo una fuerza de uso ocasional refractaria a presuntos usos arbitrarios y demagógicos. Las cláusulas pétreas, en tiempos de inestabilidad institucional, pueden anticipar la ruptura del ordenamiento jurídico al impedir la reforma del texto por los procedimientos a tal efecto diseñados para el resto de materias<sup>157</sup>. La estabilidad social e

---

<sup>155</sup> “La Constitución es la Carta Política de un pueblo y, por tanto, la Ley Mayor del pueblo. Solamente debería ser alterada para tornarse más útil, admirada y respetada por el pueblo. Es la Ley Sagrada del pueblo, y solamente puede ser tocada por necesidad imperiosa de ese pueblo, y no simplemente por la voluntad política o vanidad de los gobernantes”. (VARGAS GROFF, 2006, p. 13)

<sup>156</sup> En este sentido, Sant’Ana Pedra (2006, p. 135) afirma: “Aunque las cláusulas pétreas hayan sido concebidas para garantizar, de forma aun más agravada, el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, el anquilosamiento que proporcionan muchas veces no atiende a las nuevas demandas de la sociedad. Para que la Constitución de 1988 alcance la longevidad que de ella se espera, no se puede dejar que el hiato existente entre la Constitución y la sociedad exija la elaboración de un nuevo texto constitucional, evitándose los desgastes y riesgos inherentes a la substitución del ordenamiento jurídico”.

<sup>157</sup> En sentido análogo, cf. Sant’ana Pedra, 2006, p. 137; Vanossi, 1975, p. 190.

institucional no es la estática impuesta por el Estado, sino aquella que procede del equilibrio de los movimientos políticos propios de la sociedad democrática (ANTUNES ROCHA, 1993, p. 167).

El presunto argumento de la inestabilidad política, digno de atención, no debe suponer mantener como válidos principios y parámetros configuradores del orden jurídico-político considerados inequívocamente inválidos por las generaciones vivas<sup>158</sup>. Cada generación debe ser artífice de su propio destino, permitiéndosele la reforma y evolución de las normas jurídicas de forma directa a las mutaciones de las exigencias sociales (BISCARETTI DI RUFFIA, 1987, p. 271). De lo contrario el texto constitucional se impondrá al tiempo, dejando al pueblo y las generaciones que no encuentran la única solución de recurrir a la revolución (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 145).

La Constitución, norma irresistiblemente abierta a su transformación, se apoya sobre un sistema de valores basado en un consenso extraordinariamente amplio cuya creación y reforma están sustraídas al legislador ordinario<sup>159</sup>. Tal orden de valores, fundamento del orden jurídico en ella instituido, no puede ser considerado inmanente sino contingente y, como tal, relativo. Los valores nucleares constitucionalmente instituidos no han de ser ajenos al debate político sobre la conveniencia de su reforma jurídica<sup>160</sup>. No cabe cerrar la puerta a la sustitución del orden de valores imperante por otro que rodeado de la misma amplitud defienda una concepción axiológica de la

<sup>158</sup> En un sentido similar, Antunes Rocha (1993, p. 162) afirma: “No encuentro razones para considerar oponibles al derecho de los pueblos, en cada tiempo, de adoptar sus propias normas, sin precisar para tanto promover la elaboración integral de una nueva Constitución, el derecho de la generación anterior y que trazó las normas fundamentales originales de su Constitución de subsistir después de cumplido su recorrido histórico en vida. Sería orientarse en el sentido de resguardar los derechos de los muertos y sobreponerlos a los de los vivos”. En sentido análogo, cf. Vanossi, 1975, p. 190.

<sup>159</sup> “[...] La Constitución debe estar en armonía con la realidad, y debe mantenerse abierta y dinámica a través de los tiempos. Una Constitución no es hecha en un momento determinado, sino que se realiza y efectiva constantemente. Las mudanzas constitucionales son necesarias como medio de preservación y conservación de la propia Constitución, buscando su perfeccionamiento, procurando, en un proceso dialéctico, alcanzar la armonía con la sociedad. Si la sociedad evoluciona, también debe evolucionar el Estado”. (SANT’ANA PEDRA, 2006, p. 136)

<sup>160</sup> Con una clara intención dialéctica, Antunes Rocha (1993, p. 172) afirma: “Esta posibilidad jurídica de reforma total de la Constitución – a significar la ausencia de límites formales y, principalmente, materiales al poder constituyente derivado de reforma – implicaría el que pudiese ocurrir, por su uso, la sustitución de la Carta, la destrucción de la anterior con la llegada de una nueva y la transformación de la idea de Derecho abrigada en el documento sustituido y, por tanto, el fundamento del Derecho positivo de un pueblo. Entre tanto, el espíritu de la Constitución debe mantenerse cuando se reforme, pues esta no suprime o sustituye el sistema constitucional, apenas lo mejora, lo perfecciona para hacerlo más adecuado a la realidad social. De ahí la dificultad de aceptarse la reforma total de la Constitución como ejercicio legítimo del poder constituyente derivado”.

ordenación jurídica de la sociedad no solo diferente sino radicalmente opuesta<sup>161</sup>. La Constitución, que solo puede ser democrática, no excluye de la legalidad a aquellos grupos sociales animados por una idea de Derecho distinta o evidentemente contradictoria con la establecida por la Norma Fundamental vigente. Es este posibilismo, aun suicida para muchos, lo que permite que el pueblo siga siendo soberano. (ARAGÓN REYES, 1989, pp. 48 y ss)

La interpretación extensiva de las cláusulas pétreas defendida por Ayres Britto daría como resultado el empobrecimiento etimológico de las nociones de cláusula pétrea y de la propia democracia. Un concepto que puede significar todo acaba irremisiblemente por no significar nada. La aplicación extensiva de las cláusulas pétreas haría de la Constitución una norma escasamente democrática al resultar desproporcionadamente refractaria a aquellas manifestaciones del pueblo inequívocamente amplias. La Constitución democrática es forzosamente una norma enteramente abierta a su transformación. Esa apertura incluye a los principios y valores sobre los cuales se sustenta la convivencia democrática en un periodo determinado. La sustracción de determinadas materias al poder de reforma en nombre de los enemigos de la democracia no es sino la sustracción de la libertad al pueblo soberano. Como afirma Aragón Reyes (1989, p. 52) “[...] la democracia consiste en que al pueblo y solo al pueblo le corresponde decidir libremente su propio destino, y el Estado democrático de Derecho no tiene más pretensión que la de garantizar jurídicamente, esto es, válidamente, esa libertad”.

La vitalidad, evolución y garantía de continuidad de una democracia no es cuantificable únicamente en función de la existencia o no de cláusulas pétreas en el texto constitucional. Otros factores a tener en cuenta son: (i) la extensión y detalle del texto constitucional; (ii) el grado de dificultad de la reforma constitucional; (iii) la línea hermenéutica adoptada por la Corte Suprema; (iv) la amplitud, forma y descripción – reglas o principios – de las cláusulas pétreas así como la carga axiológica de las mismas. En definitiva, un texto constitucional conciso y abierto; un proceso de reforma

---

<sup>161</sup>En sentido contrario, Otto (2007, p. 61) afirma: “En efecto, toda la concepción moderna de la democracia parte de la base de que la voluntad popular mayoritaria no es más que el fruto de coincidencias parciales entre diversos grupos y opiniones y que, por consiguiente, es precisa la libertad que garantice el pluralismo del que esa voluntad resulta. Es preciso, por tanto, que el proceso político se mantenga abierto y que la mayoría del momento no disponga de la posibilidad de cerrarlo suprimiendo o recortando la libertad de los individuos”.

efectivamente factible; una jurisprudencia constitucional moderadamente activista y un elenco de cláusulas pétreas conciso y moralmente irreprochables son elementos de técnica constitucional que contribuyen a reforzar la vitalidad de la democracia. (BRANDÃO, 2008, p. 12)

La eficacia de las cláusulas pétreas como muro de contención a los enemigos de la democracia es un elemento que por sí solo no garantiza la estabilidad del sistema democrático. Karl Loewenstein (1979, p. 192), en una cita que puede considerarse clásica afirma que

En general, sería de señalar que las disposiciones de intangibilidad incorporadas a una constitución pueden suponer en tiempos normales una luz roja útil frente a mayorías parlamentarias deseosas de enmiendas constitucionales – y según la experiencia tampoco existe para esto una garantía completa -, pero con ello en absoluto se puede decir que dichos preceptos se hallen inmunizados contra toda revisión. En un desarrollo normal de la dinámica política puede ser que hasta cierto punto se mantengan firmes, pero en épocas de crisis son tan solo pedazos de papel barridos por el viento de la realidad política.

La estabilidad del sistema democrático depende en mayor medida del correcto funcionamiento del orden constitucional, es decir, del establecimiento de una sólida *cultura constitucional*. Como afirma el maestro Ignacio de Otto la defensa del orden constitucional no precisa tanto de la marginación de sus enemigos como de su propio funcionamiento bajo una base social, económica y política adecuada y sobre el principio cardinal de la primacía del derecho. La conjunción de ambos elementos dará lugar al desarrollo de una *conciencia constitucional* de por sí refractaria al crecimiento de corrientes antidemocráticas. Tareas, como afirma el propio autor, mucho más arduas y esforzadas que la «defensa de la Constitución», pero más acordes al orden constitucional cuya garantía se pretende alcanzar. (OTTO, 1985, p. 57)

Analizada la polémica doctrinal sobre el poder de reforma constitucional, sus límites y su compleja relación con el principio democrático ha de retomarse el presente apartado con el análisis de su segunda dimensión. Es decir, como *principio de articulación de la sociedad con el poder*. Es conveniente realizar una primera aclaración: en este escenario es entendido en un nivel estrictamente constituido. Si en la primera dimensión el principio democrático hacía referencia a la titularidad del poder por el pueblo en su condición de soberano, en este caso el contenido esencial de dicho

principio implica la necesidad de garantizar el ejercicio del poder de forma democrática.

El principio democrático es entendido aquí esencialmente como principio de participación en las estructuras decisorias del Estado. Una participación que encuentra diferentes reflejos en la norma constitucional española, sea como mandato a los poderes públicos (art. 9.2 CE), sea como derecho fundamental en su vertiente asociativa y subjetiva (arts. 22 y 23 CE) o bien como mandato a determinadas organizaciones constitucionalmente relevantes – partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (art. 7 CE) –, a efectos de expresar la diversidad de intereses sociales propios del pluralismo político, tenido por valor superior en el modelo democrático español (art. 1 CE).

El legislador constituyente brasileño optó por una sistematización bien diferente de textos constitucionales homólogos como el portugués y, en lo aquí interesa destacar, el español<sup>162</sup>. Los derechos de participación política, los derechos políticos *stricto sensu*, son regulados expresamente en el Título II, Capítulo IV, bajo el título “Dos Direitos políticos”. En esta exhaustiva regulación únicamente queda fuera el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 37, inc. I). Ello no conlleva su no consideración como derecho fundamental al caer dentro del ámbito del art. 5º, § 2º CF<sup>163</sup> (SARLET, 2011, pp. 175-6). Esta configuración tiene el objetivo de otorgar una adecuada sistematización a los derechos políticos por su condición de normas de legitimación del sistema democrático (SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 395).

La CF 1988 garantiza a los ciudadanos brasileños el derecho a participar en la adopción de las decisiones elementales sobre la organización del poder, las personas que han de ejercerlo o bien directamente en las decisiones que aquél adopta. El derecho de sufragio, epicentro de los derechos políticos, posibilita la participación ciudadana bien como elector, bien como candidato a representar la voluntad popular (arts. 14 y 14 § 3 CF respectivamente). La Norma fundamental garantiza formalmente la participación directa o semidirecta a través del plebiscito, referendo o la iniciativa popular (arts. 14 I, II, III CF). La adecuada configuración formal y material de los derechos de participación política marcará, en última instancia, el grado de veracidad del principio

<sup>162</sup> Cf. Sarlet, 2011, p. 175.

<sup>163</sup> § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

de soberanía popular según el cual el poder político supremo pertenece al pueblo, quien lo ejerce o bien directamente o bien a través de representantes.

El constituyente brasileño incluyó dentro del Título II correspondiente a los derechos y garantías fundamentales un capítulo, el V, dedicado íntegramente a los partidos políticos bajo el nombre “Dos partidos políticos” (art. 17 CF). Dicho título tiene por objeto la regulación de los principios generales que condicionan su régimen jurídico. Los partidos son concebidos como ejes centrales de la democracia representativa brasileña<sup>164</sup>. El art. 14, § 3, V CF hace de la afiliación partidaria *conditio sine qua non* del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Este requisito de elegibilidad excluye la posibilidad de articular medios de participación política alternativos a los partidos, generando una innegable tensión con otro principio elemental del régimen democrático: el pluralismo político.

Junto a su dimensión como principio de atribución de la soberanía y principio de participación, el principio democrático se proyecta como principio de organización democrática del poder. Tal proyección se concreta en aquellas instituciones que la norma constitucional entiende claves para el efectivo funcionamiento del sistema democrático y que, en consecuencia, habrán de adoptar un modelo organizativo y de funcionamiento interno acorde con la lógica procesal democrática<sup>165</sup>. Tanto la CE cuanto la CF definen como tal a las Cortes Generales (art. 66 CE) y al *Congresso Nacional* (art. 44 CF), así como al resto de instituciones representativas que conforman el *bloque institucional* de corte representativo. En este punto, no debe olvidarse que una de las proyecciones del principio democrático es la libre participación del ciudadano en su vertiente individual o grupal dentro de los diferentes ámbitos de la vida democrática.

---

<sup>164</sup> Siqueira Abrão (2012a, p. 107) define la centralidad del partido político en la democracia representativa en los siguientes términos: “Para el sistema representativo brasileño, el partido político es esencial, ya que el ciudadano solo podrá ejercer su capacidad electoral pasiva, [...], si obtuviese la filiación partidaria. Ha de concluirse, por tanto, que la Constitución elige el partido político como piedra basilar del régimen democrático de Brasil”. En sentido similar, cf. Mezzaroba, 2003, pp. 237 y ss; Ferreira Mendes, 2011, pp. 782 y ss.

<sup>165</sup> Sobre el contenido de la dimensión procesal democrática, Garrorena Morales (2011, p. 127) entiende que: “[...] el principio democrático existe a la vez – ese es su triple contenido orgánico – como principio de «pluralidad» (ahora en su versión de asunción de la diversidad interna a tales institutos), como «principio mayoritario» o de decisión por mayoría, dado que esta es la regla fundamental de la democracia (vid. art. 79.2 CE para las Cortes) y como «principio de respeto a las minorías» (habida cuenta de que ésta es la única forma de que el «principio mayoritario» no asfixie al «principio de pluralidad» y con ello al Estado democrático mismo)”.

La participación grupal o colectiva se encauza a través de organizaciones que, si bien no tienen la consideración de órganos públicos, tienen indudable relevancia para el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Mediante ellas se encauza el pluralismo social, político, económico o cultural inherente a la democracia. El constituyente español entendió como tales a los partidos políticos (art. 6 CE), los sindicatos y asociaciones empresariales (art. 7), los Colegios Profesionales y profesiones tituladas (artículo 36), así como las organizaciones profesionales (art. 52), imponiéndoles un mandato de adaptar su estructura y funcionamiento internos a cánones reconocibles como democráticos.

El mandato constitucional de democracia interna no opera como límite a la libertad de organización y funcionamiento internos en el modelo constitucional brasileño<sup>166</sup>. Una decisión que, si bien podía entenderse en su origen por la necesidad de fortalecer unos partidos endémicamente débiles, hoy día ha de ser repensada en su conjunto. La democracia representativa, en la cual los partidos son los principales articuladores del poder político precisa contar, inexcusablemente, con unas organizaciones partidarias cuyo funcionamiento y estructura interna reconocidamente democráticas. Solo así se logrará la legitimidad de origen del poder. Esta afirmación, como se demostrará en el Capítulo V, requiere de dos reformas legislativas subsecuentes: a) introducir en la CF el principio de democracia interna y; b) establecer, *ex lege*, un marco normativo que, sobre la base de la participación y control de la labor de los dirigentes por los afiliados, resulte compatible con el margen de libertad de organización y funcionamiento interno que ha de corresponder a los partidos.

---

<sup>166</sup> En este sentido, Mezzaroba (2003, pp. 274-5) afirma: “La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 no se manifiesta en relación a la *Democracia interna o intrapartidaria*. Cuando determina la *autonomía de los Partidos* en definir su modo propio de organización interna y funcionamiento, el texto constitucional apenas exige, en sus estatutos, que el Partido Político regule la *fidelidad y la disciplina partidarias*. También la actual *Lei dos Partidos Políticos* (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) guarda silencio sobre tal asunto. Además de ello, actualmente el entendimiento de los tribunales va en la línea de la no injerencia externa en los llamados *asuntos interna corporis*”.

## 2.2 LA PARTICIPACIÓN Y LOS VALORES SUPERIORES EN LA CE Y LA CF: EL PLURALISMO POLÍTICO.

### 2.2.1 El pluralismo político en la CE 1978.

La CE, como norma suprema del ordenamiento, no se refiere exclusivamente a un modo de producción formal del Derecho que no tenga en cuenta determinadas concepciones valorativas e ideológicas inherentes a una democracia pluralista<sup>167</sup>. La Norma Suprema, al atribuir unidad material de sentido al conjunto del ordenamiento, *descansa* en el orden sustantivo expresado por los valores «superiores» del art. 1<sup>o</sup><sup>168</sup>. La libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político actúan como elementos delimitadores de las funciones de los poderes del Estado y como parámetros en la labor de control en manos del TC. Toda antinomia entre las normas jurídicas y los valores superiores deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama<sup>169</sup>. La finalidad del proyecto constitucional tiene por epicentro la consecución de los valores constitucionales<sup>170</sup>.

Los valores superiores tienen configuración principal, es decir, son mandatos de optimización dirigidos al conjunto de los poderes públicos para que de forma

---

<sup>167</sup> El TC (Sentencia 11/81, de 8 de abril, FJ 7) afirma sobre la relevancia del pluralismo político en la CE lo siguiente: «la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» “En sentido similar, Parejo Alfonso (2011, p. 42) afirma que: “[...] la Constitución no se limita a ser un conjunto de normas que deben ser ejecutadas o un programa que debe ser desarrollado, sino que es un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro del mismo quepan opciones políticas de diverso signo, con la consecuencia de que su interpretación no consiste necesariamente en cerrar el paso a dichas opciones imponiendo autoritariamente una de ellas.” En sentido análogo, Aragón Reyes (2008, p. 32) afirma: “Nuestra democracia es (como verdadera o auténtica democracia) una democracia pluralista y, en consecuencia, el principio del pluralismo político ha de quedar garantizado por todo el ordenamiento [...]”.

<sup>168</sup> Sobre el contenido normativo de los valores superiores, Jiménez Campo y Requejo Pagés (2011, p. 156) puntualizan lo siguiente: “1) Los «valores» no son, en sí, Derecho, por más que sea jurídica, claro está, la norma que a ellos invoca (art. 1.1 CE); 2) El primero de los sentidos de este precepto constitucional es, así, el de remitir a una normatividad prejurídica que ha de ser juridificada, actualizada, en el ordenamiento; 3) El destinatario exclusivo de tal remisión parece ha de ser el legislador, a quien corresponde en un Estado democrático convertir en reglas de Derecho los valores invocados por la norma constitucional, según su propia conformación socio-cultural; y 4) En esa atribución de potestad se cifra, pues, la normatividad del inciso final del artículo 1.1CE, que viene a imponer también, en coherencia con ello, un marco de argumentación para el debate legislativo, tanto por los valores que cita como por los que omite”.

<sup>169</sup> *Vid.* STC 8/1983, de 18 de febrero, FJ3.

<sup>170</sup> En este sentido, Pérez Luño (2010, p. 294-5) afirma: “Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”.



conjunta con los principios cardinales del ordenamiento español catalicen la creación normativa. Su concreción se materializa en el contenido efectivo de las distintas normas constitucionales dogmáticas u orgánicas. (ALÁEZ CORRAL, 2000, p. 254).

En este marco general se inscribe el *pluralismo político* del art. 1.1 CE. El constituyente optó por la apertura jurídica a todas aquellas opciones políticas que puedan surgir de la realidad social, entendiendo que solo podrá garantizarse el mismo desde la más amplia libertad. El sistema político español admite todas las ideas y programas, inclusive aquellos que puedan poner en entredicho el modelo de convivencia constitucionalmente establecido, con el único límite de aquellas manifestaciones que se encuadren directamente en el ilícito penal. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 35)

Su azaroso desarrollo y consolidación político-jurídica está vinculado intrínsecamente al surgimiento de la ideología liberal<sup>171</sup>. La concreción de su contenido presenta una doble dimensión vinculada a dos conceptos: a un pluralismo «aséptico» y a la propia libertad<sup>172</sup>. Igualmente, y en lo que aquí interesa destacar, encuentra concreción constitucional en dos preceptos regulados en el Título Preliminar: el art. 6 CE, que regula los partidos políticos y el art. 9.2 CE que establece el principio general de participación en la vida política<sup>173</sup>. La interconexión de tales preceptos con el art. 1.1 CE requiere de algunas puntualizaciones.

Comenzando por los partidos políticos, el legislador constituyente se hizo cargo de la trascendencia alcanzada por estos en el constitucionalismo de la IIª post-

---

<sup>171</sup> Peces-Barba (1984, p. 165) atribuye el origen del pluralismo político a la ideología liberal en los siguientes términos: “El origen liberal democrático del pluralismo político se manifiesta como expresión de una concepción relativista, que acepta la existencia de diversos puntos de vista sobre la realidad, y que incluso proclama la necesidad de esos diversos puntos de vista para que sea posible la vida social, con participación de los ciudadanos”.

<sup>172</sup> Haberle (2002, p. 107) conceptúa el pluralismo en los siguientes términos: “El pluralismo consiste y se nutre de contenidos y procedimientos irrenunciables que son a su vez condiciones y requisitos previamente consensuados, como los de libertad humana, información y opinión, libertad de investigación científica, de creación de partidos políticos y de oposición, de democracia, de poderes públicos, de opinión pública, de Estado social y cultural, de división de poderes en todos sus sentidos, y también de independencia de la judicatura”.

<sup>173</sup> En este sentido, el TC (Sentencia 48/2003, de 12 de Marzo, FJ5) afirma: “[...] el art. 6 de la Constitución hace de ellos expresión del pluralismo político e instrumento fundamental para la participación política mediante su concurso a la formación y manifestación de la voluntad popular. Les confiere, pues, una serie de funciones de evidente relevancia constitucional.[...]. Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE) [...]”.

guerra. Bajo la justificación de ser elementos esenciales para la consolidación de la democracia y el Estado democrático, les atribuyó la función y cualidad de expresar el pluralismo político<sup>174</sup>. Una primera consecuencia es la necesidad de garantizar la existencia de una competencia partidista que permita, sucesivamente, formar y manifestar la voluntad popular. Los partidos han pasado a ser elementos esenciales para la racionalización y proyección del pluralismo político en las instituciones del Estado<sup>175</sup>. Sirven como elementos de superación, a través de su presencia institucional, del riesgo de segmentación inherente al libre despliegue del pluralismo (JIMÉNEZ CAMPO; REQUEJO PAGÉS, 2011, p. 157).

Exigencia lógica del pluralismo político es la existencia de cauces de expresión de las minorías en todos aquellos espacios institucionales o partidistas en que los partidos desempeñen sus funciones. La competencia partidaria, la democracia interna y la protección de las minorías son proyecciones de necesario reconocimiento y protección constitucional. La relevancia de los partidos como vehículos de expresión del pluralismo político no implica la negación y reconocimiento de otras manifestaciones dignas de protección jurídica como las asociaciones políticas sin fines electorales y las agrupaciones no partidarias de electores, debiendo prevalecer la igualdad de oportunidades entre todos los concurrentes (PRESNO LINERA, 2000a, p. 76).

La expresión del pluralismo por los partidos políticos ha de presentar necesariamente una doble dimensión: una externa, cuya representación más destacada sería el partido como concurrente electoral; una interna, reflejo del mandato constitucional en el art. 6 *in fine* por el cual la organización y funcionamiento internos de los partidos han de ser necesariamente democráticos, efecto del principio democrático como forma de organización del poder. El cumplimiento del mandato

---

<sup>174</sup> En tal sentido, el TC (Sentencia 4/1981, de 2 de Febrero, FJ1) afirma: “[...] nuestra norma fundamental, siguiendo una tendencia del constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, dedica un artículo, el 6º, a los partidos políticos, como dedica otros artículos a distintas normas particulares de asociación que adquieren así relevancia constitucional. En el caso de los partidos, que es el que aquí interesa, tal relevancia viene justificada por la importancia decisiva que esas organizaciones tienen en las modernas democracias pluralistas, de forma que se ha podido afirmar por algunos Tribunales extranjeros que «hoy día todo Estado democrático es un Estado de partidos» [...]”.

<sup>175</sup> En este sentido, Presno Linera (2000a, p. 74) dice así: “El ordenamiento democrático configura el proceso electoral como una forma de interiorizar el pluralismo político existente en la sociedad, de manera que los órganos del Estado de carácter representativo reflejen proporcionalmente en su composición aquella diversidad ideológica. El sistema de partidos sirve, así, como correa de transmisión entre el medio social y la organización estatal”.

constitucional de expresar el pluralismo político por los partidos precisa inexcusablemente del reconocimiento y garantía del pluralismo en su interior, es decir, de la existencia real y constatable de democracia intrapartidista<sup>176</sup>. Esta afirmación supone adelantar, *grosso modo*, una de las conclusiones de este estudio: la democracia interna, su reconocimiento como garantía constitucional y principalmente su adecuado desarrollo legislativo es *conditio sine qua non* de la concreción material del pluralismo político como valor superior del Estado democrático.

En relación al art. 9.2 CE, la redacción dada por el constituyente incluye la voz *grupos*, reconocimiento explícito a la diversidad de colectivos que tienen la facultad de participar en los diversos órdenes de un Estado democrático: político, económico, cultural y social. El pluralismo político se refiere básicamente a la diversidad de alternativas y proyectos políticos que han de gozar de libertad, reconocimiento y protección jurídica en el marco de una sociedad plural. La libertad exige a los poderes públicos la renuncia a cualquier tentativa de encuadre político y/o ideológico de la sociedad; el pluralismo reclama la preservación de la sociedad frente al Estado, descartándose cualquier tentativa de interpretación de las normas constitucionales restrictiva de tal autonomía (JIMÉNEZ CAMPO; REQUEJO PAGÉS, 2011, p. 158)

La trascendencia del pluralismo político para el sostenimiento del Estado democrático es tal que el TC (Sentencia 48/2003, de 12 de Marzo) realizó una interpretación extensiva del mismo al afirmar que

La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. Ciertamente, nuestra Constitución también proclama principios, debidamente acogidos en su articulado, que dan fundamento y razón de ser a sus normas concretas. Son los principios constitucionales, algunos de los cuales se mencionan en los arts. 6 y 9 de la Ley impugnada. Principios todos que vinculan y obligan, como la Constitución entera, a los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1 CE), incluso cuando se postule su reforma o revisión y hasta tanto ésta no se verifique con éxito a través de los procedimientos establecido en su Título X. Esto sentado, desde el respeto a esos principios, y como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley recurrida, según acabamos de recordar,

---

<sup>176</sup> El necesario reconocimiento del pluralismo político es entendido por Jiménez Campo y Requejo Pagés (2011, p. 158) como “[...] un deber de apertura de los órganos representativos a dicha diversidad, apertura que ha de tener una correspondencia en la organización interna de tales instituciones [...]. Este reconocimiento institucional ha de realizarse, de otra parte, en el respeto más pleno a la identidad del grupo, al que no se le podrá imponer una renuncia a su singularidad en aras de una pretendida afirmación de la homogeneidad (más que de la igualdad política)”.

cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales. [F.J. 7]

La redacción del art. 9.2 CE no permite afirmar que el pluralismo político es una situación fáctica conclusa. La existencia de obstáculos a la participación en el marco del Estado es una situación que influye decisivamente en la práctica del pluralismo político. El propio precepto constitucional encomienda a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que dificulten la efectiva participación del individuo y los grupos sociales en que ha de articularse la sociedad democrática.

Por tanto, y más allá de su condición formal de valor superior en el Título Preliminar y de su innegable relevancia como parámetro legitimador del Estado democrático, no han de pasarse por alto determinadas críticas a las notables contradicciones entre el pluralismo político formal y su concreción normativa constitucional y legislativa. Unas paradojas en buena medida reflejo del contexto socio-político en que fue redactada la CE<sup>177</sup>. El objetivo de asegurar la gobernabilidad de las instituciones y la “estabilidad democrática” motivó el diseño de un entramado jurídico – encabezado por la LOREG – que favorecía un sistema de partidos con una fuerte tendencia al bipartidismo<sup>178</sup>. Este contexto dificulta *in extremis* la irrupción de terceros

---

<sup>177</sup> En este sentido, Pisarello (2003, p. 133) afirma: “A pesar de algunas disposiciones formales recogidas en la Constitución, hay que tener en cuenta que ésta fue el producto de un acuerdo entre los principales poderes y actores políticos de una transición que, preocupada ante todo por garantizar un modelo gobernable, estable y controlable, tendía a otorgar un fuerte protagonismo a los partidos políticos, al momento electoral y a la representación en órganos institucionales, así como a restringir los canales de participación ciudadana no convencionales”. En sentido análogo, Rodon i Casarramona (2009, p. 109) afirma que: “Las decisiones relacionadas con la creación del sistema electoral español estuvieron acompañadas por un conflicto entre las expectativas de los actores implicados. Sin embargo, no todos los actores partían de una situación similar: la oposición poseía en aquellos momentos la legitimidad democrática pero su fuerza no era global, ya que los actores más resistentes al cambio aún poseían el poder y marcaban la agenda política. De hecho, el diseño del sistema electoral en España encaja perfectamente con los supuestos de herestética electoral, esto es, «una manipulación directa de la estructura política en beneficio propio» (Riker, 1986). Siguiendo una estrategia de no negociación con respecto al sistema electoral, las élites gobernantes diseñaron los componentes electorales a su favor e intentaron anticipar el futuro que más les favorecía electoralmente. Como consecuencia, el sistema electoral no entró en la palestra de las negociaciones ni fue moneda de cambio para conciliar estrategias partidistas”.

<sup>178</sup> El bipartidismo imperfecto como característica principal del sistema de partidos español es potenciado desde las primeras elecciones libres en 1977, como afirma Gunther (1989, p. 75) en los siguientes términos: “La ley electoral adoptada en 1.977 es una forma de representación proporcional sustancialmente restringida, cuya «fuerza», o desviación de una proporcionalidad pura en la asignación de escaños parlamentarios, es comparable a los sistemas de distritos uninominales. [...]. Dada la introducción de un sistema electoral vigoroso en un sistema de partidos nuevo y extremadamente fragmentado, la ley electoral, como cabría esperar, ejerció una influencia considerable en las primeras elecciones democráticas, contribuyendo a simplificar la estructura de la competencia partidista. Esta ley sobrerrepresentó a los dos partidos nacionales más grandes e infrarrepresentó sustancialmente a los pequeños partidos con bases de apoyo geográficamente dispersas, negándoles, en su inmensa mayoría, la

partidos de ámbito estatal que puedan complicar la gobernabilidad y cuyo sesgo conservador es ostensible (PISARELLO, 2003, p.135).

El sistema electoral español, genéricamente delineado en los arts. 68.2 y 3 CE y desarrollado en la LOREG, es proporcional en la teoría<sup>179</sup>. La elección, entre otras medidas, de la provincia como circunscripción electoral y el establecimiento de una representación mínima de 2 diputados en cada una de ellas introdujo una clara desproporcionalidad favorable a los grandes partidos. La adopción de un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas tampoco fue una elección precisamente inocente. El objeto era reforzar la estructura oligárquica de los partidos, otorgando un amplio ámbito de poder a los órganos de dirección. (PISARELLO, 2003, p. 135)

El diseño institucional del sistema electoral español, iniciado en el 77 y rematado por la LOREG de 1985, tenía por objeto el logro de la ansiada estabilidad gubernamental tras un periodo de 40 años de régimen dictatorial. En ese escenario, la proliferación indiscriminada de partidos podría llevar a la ingobernabilidad democrática y la reaparición de actitudes involucionistas. La situación socio-política actual en nada se parece a la anteriormente descrita y, sin embargo, el sistema electoral continúa siendo fuertemente conservador. El contenido material del pluralismo político exige, en lo que aquí interesa destacar, una reformulación de las normas capitales del sistema electoral que posibilite la entrada en el escenario político de nuevas ideologías políticas electoralmente representativas.

---

representación parlamentaria. Este factor, combinado con las leyes de financiación de los partidos (que reforzaban los sesgos inherentes a la ley electoral), condujo a muchos partidos a la extinción, inmediatamente después de las elecciones de 1977”.

<sup>179</sup>“Nuestro sistema electoral se caracteriza por la continuidad de sus principales elementos y una prueba de ello fue que la LOREG no supuso ningún cambio significativo, salvo en aspectos procedimentales y técnicos, en relación con el régimen previsto en el Real Decreto-ley 20/1977. Durante la tramitación parlamentaria de la LOREG apenas se presentaron enmiendas significativas (salvo las articuladas por el PCE, principal interesado en modificar un sistema electoral con distorsiones a la proporcionalidad como consecuencia del diseño de la Constitución que no le beneficiaba en ningún aspecto), hasta tal punto que en relación con el proyecto de ley gubernamental los preceptos relativos al sistema electoral del Congreso y del Senado ( art. 161-166 LOREG) no sufrieron ningún tipo de modificación en toda su tramitación parlamentaria”. (GAVARA DE CARA, 2011, p.78)

### 2.2.2 El pluralismo político en la CF 1988.

La CF, de forma análoga a la CE, regula la producción formal del Derecho teniendo presente la diversidad ideológica y valorativa de una democracia pluralista como la instituida en varias disposiciones de la Norma Fundamental brasileña. Ya en el propio Preámbulo, el legislador constituyente reconoce el pluralismo *amplio sensu* como resultado de la práctica de los valores superiores identificativos de un Estado democrático<sup>180</sup>. Aun cuando no es un elemento obligatorio o necesario para dotar de efectos al texto constitucional, en él se incardinan los fines últimos del orden político, es decir, aquellos que confieren origen, legitimidad y unidad al ordenamiento jurídico. Es el conjunto de los valores supremos anunciados en el Preámbulo – libertad, seguridad, bien estar, desarrollo, igualdad y justicia – los que hacen de la sociedad brasileña una sociedad pluralista<sup>181</sup>. (BARCELLOS; BARROSO, 2013, p. 105)

La consecuencia inmediata de dicha afirmación es que los diferentes operadores jurídicos han de articular un espacio de convivencia, debate, confrontación e identificación en los diferentes ámbitos que componen la vida en sociedad. Las únicas restricciones deben ser las estrictamente necesarias para no atentar contra otros valores igualmente susceptibles de protección jurídica. Dicho con otras palabras: en la búsqueda de la autodeterminación y el desarrollo de su personalidad, el individuo ha de disponer de un ámbito de actuación inmune tanto a interferencias provenientes del Estado cuanto de particulares.

La declaración contenida en el Preámbulo se proyecta normativamente sin solución de continuidad en el artículo 1º, inciso V, perteneciente al Título I y bajo el título “Dos Principios Fundamentais”. El pluralismo político es principio fundamental

---

<sup>180</sup> En este sentido, Souza Araujo (1999, p. 12) afirma: “Cuando en el Preámbulo se habla de sociedad pluralista, se reafirma la fe en la ideología democrática. Es la demostración de confianza en la opinión pública. Se impone la necesidad de formación de partidos políticos sólidos y con una densidad ideológica en que son vehiculadas posiciones y propuestas de los más variados matices ideológicos. [...]. El pluralismo es consonante con la multiplicación de las asociaciones libres, comunitarias, sindicatos y constituye un estímulo y una contribución en el favorecimiento de la participación política”.

<sup>181</sup> “Esta «norma de normas» [*la Constitución*] es el texto donde se plasma el modelo de país al que se aspira, el modelo de sociedad que se pretende desarrollar. Se asiste, pues, a una constitucionalización de los social: la ordenación no solo de las instituciones políticas, sino también de la propia sociedad en la que han de desarrollar su función”. (ESCUADERO ALDAY, 2013, pp. 25-6)

del ordenamiento jurídico brasileño y como tal es reflejo normativo de un valor superior del Estado democrático. Su positivación en el texto constitucional como parte del elenco de fundamentos de la República Federativa de Brasil lo convierte en criterio orientador del resto del ordenamiento jurídico y parámetro de control de la producción normativa. El art. 5º, garante de la libertad de manifestación y pensamiento, de asociación y reunión y el art. 17, que contiene las garantías constitucionales inherentes a los partidos políticos, son expresiones materiales primarias del pluralismo político. (BARRETO LIMA, 2013, p. 135)

La incorporación del pluralismo político al conjunto de principios fundamentales trajo consigo un hecho inédito en la historia brasileña: el reconocimiento de la alteridad y la legitimidad de la diversidad brasileña, cerrando el paso a hegemonías y oligarquías propias de otros tiempos como el régimen autoritario de 1964/85 (CUNHA JUNIOR, 2012, pp. 535-6; ROMANELLI DA SILVA, 2005, pp. 266 y ss; TRINDADE, 2004, p. 48).

El constituyente brasileño y el legislador democrático optaron, en una decisión que contraría la esencia del pluralismo político, por prohibir la creación de listas cívicas e imponer límites desproporcionados a la libertad de creación de partidos políticos como plataformas de las diferentes ideologías que se disputarán el poder estatal. La conformación de la voluntad general que posteriormente se transformará en voluntad estatal es tarea exclusiva de los partidos políticos. La ciudadanía, en una decisión que contraría el pluralismo político, queda imposibilitada para la formación y expresión de sus intereses y demandas por vías alternativas a los tradicionales partidos políticos.

La determinación del contenido del pluralismo político nos obliga a realizar una lectura e interpretación sistemática de aquellas normas constitucionales que contornan su significado. A los efectos del presente análisis, ha de destacarse la notable incidencia que sobre su significado y límites tiene la existencia de límites materiales a la libertad ideológica impuestas por las cláusulas pétreas. Esta reflexión preliminar nos fuerza a plantearnos la posición que el Estado ha de adoptar ante los diferentes programas que las formaciones políticas pretendan convertir en Derecho. La pregunta es la siguiente: ¿ha de ser el Estado políticamente neutral ante cualquier expresión del pluralismo político o, contrariamente, debe defenderse activamente frente a aquellas organizaciones partidarias que pretendan socavarlo o inclusive destruirlo? Responder a

esta cuestión nos permitirá entender cuáles son los límites que el Estado pueda imponer a la libertad programática y de acción de los partidos.

En la CE, la inexistencia de límites materiales a la reforma constitucional hace del pluralismo político un principio fundamental sujeto exclusivamente a los requisitos procedimentales del art. 168 CE. Son admitidas aquellas expresiones ideológicas cuyo fin último sea establecer un sistema de valores, inclusive antagónico, a aquellos en que se sustenta el marco constitucional. En el modelo constitucional brasileño, por el contrario, el pluralismo político encuentra límites irresistibles a su proyección normativa: las cláusulas pétreas del art. 60 § 4, CF. No caben programas políticos que busquen socavar o destruir los principios fundamentales establecidos en el citado dispositivo constitucional. Un *status quo* que nos permite afirmar la condición de *militante* de la democracia brasileña.

La naturaleza eminentemente representativa de la democracia brasileña hace de los partidos canal de expresión no solo privilegiado, sino único, del pluralismo político. Prueba de ello es el *caput* del art. 17 como garante del pluralismo partidista<sup>182</sup>. Este dispositivo constitucional guarda relación directa con el principio fundamental del pluralismo político contenido en el art. 1º, inciso V. La conclusión es evidente: el pluralismo político, negación del monolitismo ideológico, exige necesariamente la organización de un sistema político pluripartidista que refleje la imagen global del conjunto de la sociedad. (MEZZARROBA, 2003, p. 243)

El pluralismo partidario es elemento constitutivo del principio democrático y por extensión del propio ordenamiento constitucional (CANOTILHO, 2012, p.313). La realización de la democracia precisa, de entre otros requisitos, garantizar jurídicamente la libertad de creación y actuación de un conjunto de partidos que posibilite la celebración de elecciones libres y competitivas<sup>183</sup>. Hasta aquí no hay problema alguno.

---

<sup>182</sup> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos[...]

<sup>183</sup> “Es cada vez más democrático el procedimiento que amplía el número de posibilidades de participación del individuo común en el proceso político. Un número pequeño de partidos obliga al elector común a decidir en un reducido abanico de opciones y, a veces, quisiera estar en una situación intermedia entre las hipótesis que le son ofrecidas: ni apoyar intransigentemente al Gobierno en todos sus actos ni, por otro lado, hacerle oposición sistemática. Un tercer, o cuarto, o quinto camino entre estos dos extremos permitiría al elector apoyar con menor radicalización uno de los dos lados en la lucha político-parlamentaria”. (MOREIRA REIS, 1992, p. 107)



La paradoja se produce cuando, como se ha afirmado en párrafos precedentes, se imposibilita la creación de otras organizaciones participativas en la contienda electoral al margen de los partidos y se establecen restricciones legislativas desproporcionadas para la creación de nuevos partidos.

No acaban aquí las razones que hacen del pluralismo partidario un principio fundamental en democracia. En el Capítulo I se definió como *conditio sine qua non* de la democracia garantizar la alternancia política, posibilitando que *las minorías de hoy puedan llegar a ser las mayorías del mañana*. La garantía constitucional del pluralismo partidista ha de permitir a las minorías la libre creación de partidos políticos mediante los cuales acceder a la representación política de sus intereses y derechos en los centros de poder estatales. Una garantía que el legislador intentó, sin éxito, restringir mediante las denominadas cláusulas de desempeño electoral.

#### 2.2.2.1 Minorías y barreras electorales: una restricción ¿indebida? del pluralismo político.

La representación de las minorías se encuentra garantizada en el art. 58, § 1º CF<sup>184</sup>, según el cual la composición de las Mesas y Comisiones Legislativas deberá reflejar con la mayor exactitud posible el espectro de fuerzas políticas que compongan cada Casa en cada legislatura. El objeto del dispositivo constitucional no es otro que evitar el que fuerzas políticas con mayor respaldo electoral terminen por apartar a las minorías del proceso legislativo. Estamos ante una prerrogativa atribuida a los partidos políticos *ex constitutione* y, por tanto, no susceptible de anulación o restricción desproporcionada mediante *lei infraconstitucional* o los Reglamentos internos de las Casas Legislativas. Cualquier exclusión irregular de una comisión posibilita al Partido la petición de nulidad de la composición de la misma, inclusive mediante *Mandado de Segurança*. (CUNHA FERRAZ, 2013, p. 1094)

La expresión “*tanto quanto possível*” del art. 58, § 1 CF precisa, en atención a su carácter restrictivo y/o interpretativo, ser adecuadamente contextualizada. El sistema de partidos brasileño, compuesto por 32 organizaciones partidarias con registro en el TSE, es la expresión política de una sociedad racialmente diversa, con una densidad

---

<sup>184</sup> § 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

demográfica cercana a los 200 millones de habitantes y un territorio de dimensiones continentales. La *Câmara dos Deputados* está compuesta por algo más de 500 parlamentarios. La vida parlamentaria se articula alrededor de las denominadas Comisiones Legislativas. Su composición está presidida por el debido respeto a la representatividad parlamentaria decidida en sede electoral. La fijación de los criterios de composición ha de seguir dos parámetros hermenéuticos fijados por el STF: la prohibición de exclusión de cualquier partido y la imposibilidad de aplicación absoluta del principio de igualdad por su disfuncionalidad práctica<sup>185</sup>. El detalle de su composición es prerrogativa de las Casas Legislativas a través de sus Reglamentos Internos. Tal acto tiene la consideración de materia *interna corporis*, exenta de control jurisdiccional salvo violación del principio de proporcionalidad o los derechos asegurados constitucionalmente a los partidos políticos. (CUNHA FERRAZ, 2013, p. 1094)

Un tema especialmente polémico, con incidencia directa en el pluralismo político y la protección de las minorías, es la imposición de las llamadas cláusulas o barreras electorales<sup>186</sup>. El art. 13 de la Lei 9.096, de 19 de septiembre, de Partidos Políticos (en adelante, LPP) impedía el acceso a la *Câmara dos Deputados* a aquellos partidos que en cada elección no obtuvieran como mínimo el 5 % de los votos válidamente emitidos, distribuidos en 1/3 de los Estados y con un mínimo de un 2% en cada uno de ellos. Tal dispositivo legal fue declarado inconstitucional por el STF al violar el principio de reserva legal proporcional, de la igualdad de oportunidades, la libre creación de partidos políticos del art. 17 CF, el pluripartidismo del art. 17 CF y el derecho de representatividad de las minorías<sup>187</sup>.

La imposición de cláusulas de barrera electoral es justificada por parte de la doctrina en favor de la estabilidad de la propia democracia participativa. Ricardo Rodrigues les otorga la cualidad de contener la proliferación extrema de partidos característica de los sistemas proporcionales. La fragmentación partidaria ocasionada

---

<sup>185</sup> Vid. STF, MS 22.183 y 22.183-6.

<sup>186</sup> Mezzaroba (2003, p. 300) define la cláusula electora en los siguientes términos: “En sentido lato, puede definirse la cláusula de barrera o de exclusión como el mecanismo previsto en dispositivo legal que impide la existencia o representación parlamentaria de agremiación partidaria que no cuente con el apoyo político de un determinado número o porcentual de electores”. Para Rodrigues (1995, p. 48) “la barrera electoral es concebida como un freno a la proliferación excesiva de pequeños partidos, sin representatividad electoral, sea en el nivel nacional o en el regional”.

<sup>187</sup> Vid. ADI n°. 1.351-1; 1351-3; 1.354-8, Rel. Marco Aurélio de Mello.

por un pluralismo exacerbado traería consigo, en opinión del autor, la posibilidad de minar el consenso parlamentario y poner en jaque la gobernabilidad del país. (RODRIGUES, 1995, p. 48)

López Zilio justifica las cláusulas electorales en la fragilidad de las organizaciones partidistas brasileñas. La existencia de “partidos de alquiler” con mínima representatividad podría dar lugar a una excesiva atomización del sistema de partidos con resultados perjudiciales para el modelo de democracia participativa constitucionalmente establecido. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 71)

El prof. Mezzaroba considera razonable la imposición de cláusulas electorales como restricción del derecho de minorías en el poder legislativo. El propio autor reconoce a renglón seguido que con ello se hiere el principio de pluripartidismo constitucional y, por extensión, el pluralismo político. (MEZZAROBA, 2003, p. 246)

Tales opiniones, dignas de atención, nos parecen susceptibles de matizaciones. López Zilio hace un uso manifiestamente equívoco de la expresión democracia participativa al relacionar la proliferación de partidos con un supuesto debilitamiento de aquélla. La democracia participativa tiene por eje a la ciudadanía, no a los partidos políticos. Su objetivo principal es dotar al conjunto de la población de instrumentos de participación que sirvan de contrapeso a una representación política monopolizada por las organizaciones partidarias. Es, por tanto, un modelo corrector de los excesos de la democracia de partidos. Identificar democracia participativa con una excesiva atomización del sistema de partidos implica confundir la parte con el todo. Por otra parte, y como afirmó el propio STF, la existencia de “partidos de alquiler” puede ser contrarrestada con normas específicas sobre la materia.<sup>188</sup>

En cuanto al prof. Mezzaroba, coincidimos con la afirmación de que las cláusulas electorales hieren el pluralismo partidista y el pluralismo político. No

---

<sup>188</sup> En este sentido, Silva (2005, p. 141) afirma: “[...] el sistema de partidos, con el sufragio universal y la representación proporcional, da a la democracia representativa un sentido más concreto, con lo cual despunta con más nitidez *la idea de participación*, no tanto la individualista y aislada del elector no solo en el momento de la elección, sino la colectiva organizada. Pero será todavía una participación representativa, asentada en el principio electoral. Ahora, cualquier forma de participación que dependa de elección no realiza la democracia participativa en el sentido actual de esta expresión. La elección sustancia el principio representativo, según el cual el elegido practica actos en nombre del pueblo. El principio participativo se caracteriza por la participación directa y personal del ciudadano en la formación de los actos de gobierno”. *Vid.* ADI 1351/DF y ADI 1354/DF. Rel. Min. Marco Aurélio 7.12.2006 (ADI 1351) (ADI 1354).

obstante, su posición nos resulta descriptivamente contradictoria. De una parte, califica como razonable la cláusula de barrera electoral y, a renglón seguido, afirma que hiera el pluralismo político. Las restricciones del legislador hermenéuticamente razonables y proporcionadas no hieren al conjunto de principios de que se trate. *Ítem* más: una restricción razonable y proporcionada contribuye a la precisión de los contornos semánticos del principio en cuestión, facilitando su aplicación por los operadores jurídicos.

Hechas estas puntualizaciones, la pregunta clave es la siguiente: ¿son las barreras electorales constitucionalmente adecuadas o, por el contrario, violan principios constitucionales y deben ser declaradas inconstitucionales? Responder afirmativa o negativamente requiere analizar la conformidad de la técnica legislativa empleada con el principio democrático y el pluralismo político. El proceso electoral ha de estar presidido en todo momento por el principio democrático y el respeto a la igualdad de voto de todos los ciudadanos. La igual participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y el respeto al pluralismo político exigen una proporcionalidad sensiblemente ajustada a su importancia real.<sup>189</sup>

La igualdad de voto sufre una severa distorsión en el ámbito electoral regional. El establecimiento de un mínimo de 8 y un máximo de 70 diputados en la legislación electoral favorece la sobrerrepresentación de los Estados del Norte, Centro-Oeste y Nordeste y la consecuente sub-representación de los Estados del Sur y Sudeste en la *Câmara dos Deputados*. El art. 45 CF *in fine* compromete seriamente la proporcionalidad y veracidad de la representación política restándole eficacia y vulnerando el equilibrio de la federación y la igualdad de voto entre los electores. Todo ello en beneficio de las oligarquías regionales del Norte, Centro-Oeste y del Nordeste y en perjuicio de la mayoría de la población brasileña. Este desequilibrio representativo se reproduce nuevamente en la elección al Senado. Todos los Estados, con independencia de su población, eligen el mismo número de Senadores. Este procedimiento favorece nuevamente a los Estados menos poblados dando lugar a una sobrerrepresentación de

---

<sup>189</sup> “[...] una vez asegurado que cada hombre emite un solo voto, es preciso asegurar que dicho voto sea capaz de producir un mismo efecto en cuanto a la selección de representantes («un hombre, un voto, *un valor*»). Y esto solo se consigue asegurando, en primer lugar, una cierta proporcionalidad en la distribución de los escaños, que debe respetar un criterio demográfico, atendiendo a la población. Así pues, la regla es que la igualdad en el sufragio solo se respeta si los escaños se distribuyen, entre las distintas circunscripciones, en proporción a la distribución de la población en las mismas”. (SÁNCHEZ NAVARRO, 1998, p. 124)

algunos territorios y acentuando la desproporcionalidad representativa. (GIUSTI TAVARES, 1998, p. 88; MURILO DE CARVALHO, 2012, p. 202)

La constitucionalización del sistema proporcional en la CF<sup>190</sup> la hace resistente a otros objetivos que como la gobernabilidad, la estabilidad de la representación o la eficiencia de las Cámaras se encuentran ausentes de la Norma Fundamental. La concreción del sistema electoral, labor en la que el legislador dispone de un margen de discrecionalidad, no permite restringir el acceso al *Congreso Nacional* a aquellos grupos dotados de un menor respaldo electoral bajo el pretexto de una supuesta ingobernabilidad motivada por un exceso de partidos. El pluralismo político exige reflejar fielmente la representatividad política en las instancias parlamentarias, evitando distorsiones restrictivas de los derechos de las minorías. (PRESNO LINERA, 2000a, pp. 84-5)

El modelo de cláusulas de barrera electoral establecido por el legislador brasileño sobrepasaba el margen de libre configuración de que dispone en la configuración del sistema electoral. Los arts. 41A, 48 y 49 LPP violan el principio de igualdad de oportunidades al limitar desproporcionadamente el acceso a los fondos partidarios, la radio y la televisión de los partidos que no logren salvar las condiciones establecidas en el art. 13. Es evidente que la legislación vigente dificulta extremadamente la supervivencia de aquellos partidos minoritarios y/o la consolidación de nuevas organizaciones partidarias al realizar un reparto absolutamente desequilibrado de los fondos públicos. Los partidos extraparlamentarios disponen de un mísero 5% del fondo partidario en tanto que los partidos con representación parlamentaria disponen del 95% restante. Un marco legislativo en modo alguno compatible con la igualdad de oportunidades y la protección del pluralismo político.

A las desproporcionadas restricciones financieras han de añadirse las limitaciones en el uso gratuito de la radio y televisión de los arts. 48 y 49 LPP. Los partidos que no alcancen la barrera electoral tienen derecho a 2 minutos de presencia en una cadena nacional cada semestre. Unas condiciones que pueden ser calificadas de ridículas frente a la presencia en los medios de que disponen los partidos que sí logren

---

<sup>190</sup> Vid. 27, *caput*, y § 1 CF; art. 29, inciso IV; art. 32, §3º; art. 45, *caput* CF.

superar la barrera electoral<sup>191</sup>. No precisa gran esfuerzo intelectual comprender que en la era de la comunicación, dominada por la radio y sobre todo por la televisión, aquellos partidos que no tengan presencia recurrente en los medios están abocados al fracaso electoral y, consecuentemente, a su desaparición. (MENDES, 2011, p. 764)

La cláusula de barrera electoral establecida por la Lei 9.096/95, lejos de la pretensión de estabilización del sistema representativo, ha supuesto un claro retroceso en la necesaria reforma política, contribuyendo a la deformación de un sistema electoral proporcional brasileño ya de por sí aquejado de visibles señales de agotamiento. (MENDES, 2011, pp. 765)

Otra norma que restringe el pluralismo político es el art. 14, § 3º, V, CF, que exige como condición de elegibilidad la afiliación obligatoria a un partido. La obligatoriedad constitucional de afiliación es desarrollada por los arts. 18 LPP y 9 de la Lei 9.054. Uno y otro establecen un plazo mínimo de un año de afiliación para poder concurrir a las elecciones<sup>192</sup>. El objetivo de la legislación vigente es, según Mezzaroba, impedir prácticas que menoscaben la representatividad de los partidos políticos dificultando abusos por aquellos candidatos que usan las leyendas para fines exclusivamente electorales y, consecuentemente, incumplen sus obligaciones con los programas y compromisos del partido. En definitiva, se trata de impedir el “comercio” electoral de las candidaturas. (MEZZAROBA, 2003, pp. 294-5)

Sin desmerecer los argumentos esgrimidos por el prof. Mezzaroba, dignos de atención jurídica, el resultado es el dominio absoluto de las candidaturas electorales por los partidos<sup>193</sup>. En primer lugar, no es posible el ejercicio del derecho de sufragio pasivo al margen del partido. En segundo lugar, la elegibilidad queda condicionada a la afiliación por espacio mínimo de un año. La titularidad del derecho de participación política, que ha de ser exclusivamente ciudadana, queda en entredicho. Una y otra restricción convierte de esta forma a los partidos en fiduciarios *de facto* del derecho de sufragio pasivo y, podría decirse, *co-titulares* de su ejercicio.

---

<sup>191</sup> Art. 49. O partido que atenda ao disposto no art. 13 tem assegurado: I- a realização de um programa, em cadeia nacional e de um programa, em cadeia estadual em cada semestre, com a duração de vinte minutos cada; II - a utilização do tempo total de quarenta minutos, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto, nas redes nacionais, e de igual tempo nas emissoras estaduais.

<sup>192</sup> Vid. TSE-Consulta nº 1.425 – Rel. Caputo Bastos – j. 19.06.2007.

<sup>193</sup> Cf. Mendes, 2011, p. 782.

Ya adelantamos en párrafos precedentes la posición de monopolio que los partidos tienen como articuladores únicos del proceso electoral. El legislador constituyente, al establecer con carácter general en el art. 14, § 3º CF la obligatoriedad de afiliación a un partido como condición de elegibilidad, prohibió la articulación de organizaciones alternativas que pudieran optar a ejercer labores representativas. El legislador ordinario reprodujo tal requisito en el art. 9 de la Lei 9.504, de 30 de septiembre de 1997 así como en el art. 18 de la lei 9.096, de 19 de septiembre de 1.995. El art. 20 del mismo cuerpo legal faculta a los partidos para extender tal plazo sin límite temporal máximo<sup>194</sup>. La excepción a la regla temporal de un año opera en favor de militares, magistrados y miembros del Tribunal de Cuentas, a quienes se les exigirá únicamente 6 meses<sup>195</sup>. Queda clara la intención del legislador de situar a los partidos como dueños y señores del proceso electoral en detrimento de posibles alternativas de ejercicio del sufragio pasivo surgidas de la propia ciudadanía. Restringir el abanico de opciones de los electores contribuye a reforzar la crisis institucional que ya de por sí viene atravesando la democracia brasileña (PEREIRA DE ARAUJO, 2004, p. 130).

La normativa aquí analizada viola el pluralismo político y supone una restricción injustificada del derecho de sufragio pasivo. Que los partidos hayan de ser medio genuino de expresión y formación de la voluntad general y organizaciones centrales de acceso de la ciudadanía a los cargos públicos no se discute. Este estado de cosas no ha impedir, sin embargo, la formación de otras plataformas de participación políticas creadas por ciudadanos independientes que quieran ejercer el derecho de sufragio pasivo al margen de las organizaciones partidarias. Nos referimos a las agrupaciones electorales o listas cívicas.

Las sociedades democráticas actuales, ideológicamente plurales y dinámicas, precisan contar con medios de participación política susceptibles de alcanzar representación parlamentaria al margen de la oferta electoral propia de los partidos

---

<sup>194</sup> Lei 9.054. Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano antes do pleito e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo. Lei 9.096. Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais. Art. 20. É facultado ao partido político estabelecer, em seu estatuto, prazos de filiação partidária superiores aos previstos nesta Lei, com vistas a candidatura a cargos eletivos.

<sup>195</sup> Vid. TSE. Res. nº 19.988, de 07.10.97, Min. Rel. Néri da Silveira, in Jurisprudencia do TSE. Temas seleccionados. [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br), acceso 05.02.14.

mayoritarios<sup>196</sup>. La prohibición del ejercicio del derecho de sufragio pasivo al margen de los partidos es una restricción no exenta de riesgo al trazar una clara frontera en el ejercicio de la ciudadanía. Por el contrario, posibilitar la formación de agrupaciones electorales traería consigo dos beneficios al conjunto del sistema: a) Constituye un medio alternativo y eficiente de control de los electores sobre los partidos y; b) Radicalizaría el derecho del ciudadano a incrementar las opciones en la contienda electoral, tan o más importante que el propio derecho de sufragio en sí mismo (PEREIRA ARAUJO, 2004, p.130)

El pluralismo político, por su condición de principio fundamental del ordenamiento jurídico, ha de proyectarse igualmente en el interior de los partidos. La adecuada conformación de la voluntad general requiere garantizar el pluralismo ideológico en el interior de las organizaciones partidarias. Un mandato que adquiere mayor relevancia, si cabe, ante el monopolio de la representación política que ostentan los partidos<sup>197</sup>. La democracia interna en los partidos es garantía irrenunciable de la correcta conformación de la voluntad popular en un contexto jurídico de dominio absoluto del proceso electoral por los partidos. El constituyente brasileño, pretendiendo dejar atrás un histórico de fragilidad del sistema de partidos motivada por el caudillismo y el frecuente intervencionismo estatal, hizo del principio de autonomía y libertad organizativa de los partidos el eje de las relaciones Estado-partidos. Una actitud mimetizada por el legislador ordinario. La democracia interna se redujo a materia *interna corporis* de libre desarrollo en los Estatutos con el lógico límite de la violación de los derechos fundamentales. En el cap. V se analizará con detenimiento los pros y contras que la vigente regulación constitucional tiene en el ineludible proceso de revitalización del sistema democrático brasileño.

---

<sup>196</sup> En sentido contrario, Abrão (2012, pp. 96-7) afirma: “[...] permitir las candidaturas independientes haría que el sistema político brasileño ingresase en un grado de dispersión en el cual las fuerzas políticas jamás llegarían a un entendimiento, lo que, en otras palabras, tornaría imposible la representación y, en ese sentido, se vería afectada la propia democracia”.

<sup>197</sup> En este sentido, Mendes (2011, p. 788) afirma: “El papel de mediación desempeñado por los partidos en la relación Estado/sociedad parece exigir la observancia rigurosa del principio de democracia interna, bajo pena de afectar a la autenticidad de ese proceso. Como las candidaturas solamente pueden ser presentadas, en el sistema jurídico brasileño, por medio de los partidos, es fundamental que las decisiones tomadas por las agremiaciones partidarias sean pautadas por principios democráticos”.



### 2.3 LA PARTICIPACIÓN EN LA CE 1978: CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La CE presenta características propias de una norma fundamental continuista y renovadora a un mismo tiempo. La nota continuista, fuertemente influida por el peso de nuestra accidentada historia constitucional, viene dada por el mantenimiento de determinadas instituciones tenidas por tradicionales en el constitucionalismo español: la Monarquía, el sistema parlamentario, el bicameralismo, un Poder Judicial único, etc. No fue menor la influencia del periodo franquista en la conformación del articulado constitucional<sup>198</sup>. A modo de ejemplo, el art. 8 CE afirma que le corresponde al ejército no solo la defensa del orden territorial, elemento común a varios textos constitucionales – otros ni lo mencionan –, sino una auténtica anomalía jurídica: la defensa «del orden constitucional» (CAPELLA, 2003, p. 33).

El fin de la IIª Guerra Mundial trajo consigo la consolidación del Estado constitucional democrático como forma jurídica de convivencia, decisión que motivó la recepción por el constituyente español de determinados principios y valores nucleares para la democracia<sup>199</sup>. Buena prueba de ello es la redacción del art. 10.2, que prescribe la obligatoriedad de interpretar las normas relativas a derechos fundamentales de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales que fuesen ratificados por España.

Una de las novedades más llamativas es el tratamiento que la CE otorga a la participación en una doble dimensión: a) Como principio dirigido a los poderes públicos y; b) Como derecho fundamental. Los textos jurídicos referentes fueron la constitución italiana<sup>200</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>201</sup>. Por primera vez, la participación es considerada “elemento referencial” del Estado democrático español.

---

<sup>198</sup> “A poca sensibilidad histórico-política que se tenga no es posible sentirse enteramente satisfecho al considerar la Constitución de 1978. Porque esta norma convirtió en intangibles, conservándolos, algunos elementos no menores del orden institucional procedentes de la dictadura franquista. Esos elementos nos recuerdan que no pudo producirse una ruptura completa, acabada, con aquel régimen, el resultado de una insurrección militar apoyada por la derecha social contra el anterior sistema político de libertades. Para componer un nuevo sistema político que reconociera, finalmente y al menos, los derechos personales e individuales y las libertades políticas y culturales fundamentales fueron aceptadas limitaciones importantes”. (CAPELLA, 2003, p.9)

<sup>199</sup> Una buena muestra es la indicada por Navas Castillo y Navas Castillo (2009, p. 109) al afirmar que: “[...] el art. 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1.949, definió al Estado alemán como “Estado federal, democrático y social”, una fórmula que influirá en la Constitución española vigente, cuyo artículo 1.1 determina que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho” [...]”.

<sup>200</sup> En relación al principio de participación en la CE, Sánchez Morón ( 1979, p. 175) afirma estar fuertemente influenciado por la Constitución Italiana de 1947 en los siguientes términos: “ El origen de

La expresión “elemento referencial” suscita diferentes lecturas entre la doctrina. Para López Guerra la pretensión en el Preámbulo del texto constitucional de instituir una sociedad democráticamente avanzada solo es posible posibilitando la participación ciudadana efectiva más allá de los cauces clásicos de la representación (LÓPEZ GUERRA, 1993, p. 1171). La posición de Capella es bien más crítica al afirmar que el sistema político de España se centra en la gobernabilidad y no en la participación, originando un grado de apertura democrática de los más bajos de la Unión Europea (CAPELLA, 2003, p. 14).

El Estado democrático como fórmula de organización del poder político encuentra su legitimación en la vinculación del ejercicio del poder a la voluntad de su titular supremo. Democracia exige ejercer el poder de acuerdo a la voluntad popular, posibilitando la *participación real e influyente* de la ciudadanía más allá del sufragio electoral. Participación y soberanía popular son conceptos inescindibles que comparten un objetivo común: situar a la ciudadanía en el eje del sistema democrático, sea como impulsor y/o controlador de la soberanía popular. Una vez consagrada constitucionalmente la titularidad popular de la soberanía se produce una mutación sin precedentes: el centro de la legitimación del ejercicio del poder se desplaza del Estado al pueblo (SÁNCHEZ MORÓN, 1979, p. 181). La práctica de la titularidad popular del poder se viene traduciendo, como revela nuestra experiencia histórica, en la prerrogativa ciudadana de impulso y control del ejercicio del poder en el contexto de una democracia esencialmente representativa como la española.

Una lectura panorámica de la CE revela la continua presencia de la participación. En el Título Preliminar la participación es doblemente mencionada: primeramente como fenómeno vinculado en su ejercicio práctico a los partidos políticos (art. 6). En el art. 9.2 la participación es considerada principio general que impone a los poderes públicos el *mandato de optimización* de promover las condiciones que hagan

---

este precepto es, sin duda, el artículo 3º, apartado 2, de la Constitución italiana de 1947, que prescribe a su vez la obligación de la República de remover los obstáculos que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos para conseguir el pleno desarrollo de la persona humana y la participación de los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

<sup>201</sup> Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores ;c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

efectiva la participación de todos los ciudadanos en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad: político, económico, social y cultural<sup>202</sup>. La meta es más un camino que un fin predeterminado. La participación progresiva busca un mayor ámbito de igualdad y libertad. (SÁNCHEZ MORÓN, 1979, p. 176)

El Título I, bajo la rúbrica de “Los derechos fundamentales y las libertades públicas”, contiene diversos derechos fundamentales que son expresión directa de la participación social y política: el derecho de reunión (art. 20), el derecho de asociación (art. 22), el derecho de participación en los asuntos públicos (art.23) y el derecho de petición (art. 29). Pero el fenómeno participativo no se agota aquí. Otras fórmulas participativas de mayor o menor relevancia completan el *ideal* de democracia participativa que pretende caracterizar al texto constitucional. El artículo 48 se refiere a la participación libre y eficaz en las diversas áreas de la sociedad de un sector social específico: la juventud. El artículo 77 reconoce el derecho de petición individual y colectivo de los ciudadanos a las Cámaras.

Los mecanismos de participación directa también tienen reflejo en el texto constitucional. El artículo 87 recoge la iniciativa legislativa popular y el artículo 92 se refiere al referéndum consultivo. Completan el diseño constitucional de la participación los artículos 105.a), alusivo al derecho de audiencia de los ciudadanos en sus diversas vertientes; 105.b), regulador del derecho de información de los ciudadanos; art. 125, que define la participación en la administración de Justicia mediante la figura del jurado popular; art. 129.1, regulador de las formas participativas en la Seguridad Social y otros órganos públicos; y art. 129.2, que conmina a los poderes públicos a promover la participación de los trabajadores en las empresas.

La amplia presencia de la participación en la CE 1978 es consecuencia de la calificación del Estado español como democrático. El principio democrático actúa como fuente originaria de legitimidad del sistema en un triple sentido: a) Solo es legítimo el poder que emane del pueblo, titular de la soberanía nacional (art. 1.2CE); b) El acceso a las diversas instancias de poder estatales ha de ser forzosamente democrático (art. 23.2

---

<sup>202</sup> Sobre el mandato que el art. 9.2CE impone a los poderes públicos, Sánchez Morón (1979, p. 175) dice lo siguiente: “[...] los poderes públicos están *finalizados* en su actuación a remover tales obstáculos; deben actuar de manera permanente y con carácter de fuerza dirigente sobre la sociedad, con el fin de impulsarla y modificarla en sentido igualitario. El artículo 9º, apartado 2, vislumbra, pues, un modelo de sociedad distinta, se refiere a un tipo de *sociedad prefigurada* (3) frente a la sociedad actual que rechaza valorativamente”. Sobre la eficacia jurídica de los principios generales, cf. Alexy, 2011, p. 90

CE); y c) La organización y funcionamiento de los poderes constituidos debe ser igualmente democrático. El principio democrático como forma de ejercicio del poder impone una exigencia *ab initio*: todos los ciudadanos han de poder acceder al sistema político en condiciones de igualdad. Para acceder es imprescindible poder participar. Solo mediante la participación de los ciudadanos en las diversas funciones del Estado se logrará la necesaria imbricación entre gobernantes y gobernados propia de una democracia participativa<sup>203</sup>.

La concreción jurídica del principio participativo se encuentra en el artículo 23 CE como su principal manifestación normativa<sup>204</sup>. El artículo 9.2 CE establece el *mandato de optimización* a los poderes públicos de promover la participación de todos los ciudadanos en las diversas esferas de la vida en la sociedad democrática<sup>205</sup>. Asegurar la libertad de hecho y no solo meramente formal requiere garantizar la participación a todos los ciudadanos. Por su parte el artículo 23 reconoce y garantiza la participación política en su doble dimensión: 1) Activa mediante el derecho de sufragio y; 2) Pasiva al reconocer el derecho del ciudadano de acceder a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad. La determinación del objeto, contenido y límites del derecho de participación remite a diversos artículos de la CE como el 13, 23.2, 68.1, 69.2, 140 y 152.1. Estas múltiples remisiones son consecuencia del *forzoso* carácter abierto y abstracto de todo derecho fundamental (PRESNO LINERA, 2003, p.108)

Si bien la participación se instituye en *norma de fin* en la CE 1978, de la lectura del art. 9.2 CE llama la atención el mandato constitucional a los poderes públicos de *remover los obstáculos* que dificultan la plena participación de la

---

<sup>203</sup> “[...] la soberanía popular está ligada de manera íntima con la tutela de los derechos de participación en la toma de las decisiones políticas de la comunidad, fórmula a través de la cual se produce la autodeterminación política de los individuos, y, en definitiva, el pueblo gobernado se convierte en pueblo gobernante”. (PRESNO LINERA, 2003, pp.15-6)

<sup>204</sup> “[...] el artículo 23.1 puede ser considerado como la concreción a nivel de derecho subjetivo del principio participativo que en el 9.2 se consagra como uno de los fines por excelencia de los poderes públicos”. (AGUIAR DE LUQUE, 1984, p. 659)

<sup>205</sup> En este sentido, Ramírez (1985, p. 44-5) afirma: “Los poderes públicos asumen el compromiso de «remover obstáculos» y de «facilitar». Nos encontramos ante algo muy distinto a la mera declaración formal. Estamos, por contra, ante una declaración de que corresponde a los poderes públicos hacer cuanto sea preciso para que el derecho a la participación sea real, efectivo, material. Y lo sea en variedad de esferas: vida política, económica, cultural y social. Los poderes públicos se convierten en eficaces propiciadores de la participación, en evidentes responsables de que el derecho que se proclama no se impida o limite en la realidad”.

ciudadanía<sup>206</sup>. En este sentido puede calificarse como sincera a una constitución que reconoce la insuficiente intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, promoviendo su necesaria expansión. Se precisa la intervención directa del Estado a través de los poderes públicos con el objeto de corregir los desequilibrios sociales y económicos tenidos por naturales en el Estado liberal.

En este sentido el art. 9.2 CE, depositario de la clausula del Estado social español, se traduce en la incorporación al plano constitucional de mandatos de intervención que con mayor o menor concreción pretenden indicar al Estado objetivos de política económica y social. La realidad de un régimen político no es identificable tan solo a partir de las normas, sino de las reales y efectivas conductas y el conjunto de las relaciones políticas. Un país no es democrático simplemente porque en la Constitución se contengan las libertades, procedimientos y derechos propios del sistema democrático. Se precisa un conjunto de partidos expresivos de la pluralidad de opiniones e intereses; la identificación de la democracia como un valor a preservar por el conjunto de la ciudadanía; su participación en la vida pública a través del ejercicio de sus derechos, etc. (OTTO, 1995, p. 42)

La remoción de las barreras sociales busca lograr unos cánones de participación propios de una democracia “avanzada”. Sin embargo, las proclamas formales no se reflejan en un entramado institucional fuertemente participativo. Los condicionantes históricos y los poderes fácticos propiciaron fuertes restricciones a la participación no convencional, es decir, representativa y vía partidos. La gobernabilidad y la consolidación de un sistema de partidos incipiente tras 40 años de dictadura redujeron los canales de participación directa y semidirecta a un segundo plano. La práctica constitucional y la estabilidad institucional alcanzada no han motivado replanteamientos serios sobre la extensión y profundización del principio de soberanía popular vía una mayor funcionalidad a los mecanismos de participación directa y semidirecta. (ESCUADERO ALDAY, 2013, pp. 84 y ss; PISARELLO, 2003, p. 133)

---

<sup>206</sup> Sobre la significación del término remover, Sánchez Blanco (1989, p.135-6) afirma: “El término «remover» expresa, con grafismo, la dificultad del objetivo y es coherente con el factor psicológico e inevitablemente voluntarista de la consecución de una «plenitud» que admite no solo la conexión con el componente psicológico de lo individual, sino también con la «plenitud» social de una estructura no desagregada o en conflicto con la estructura pública, sino, por el contrario, ensamblada, complementada, conexas con los aparatos públicos, armónica y en «plenitud», en tanto puede conseguir ese objetivo de un tejido en el que lo público y lo privado se unen en la armonía de un entramado estatal en el que la sociedad legitima al Estado y el Estado se legitima en su sociedad”.

El propio art. 9.2 CE expresa el objetivo final de la acción de *remove* los obstáculos: *facilitar* la participación ciudadana en las diversas esferas de la vida: política, económica, cultural y social. Los poderes públicos se hallan vinculados a los valores teleológicos de la libertad y la igualdad expresados en el art. 9.1 CE, siendo la participación ciudadana vehículo de expresión material de aquellos.

Habiendo definido el contenido material, resta valorar la eficacia jurídica del principio de participación. La primera afirmación es evidente: el principio de participación es un principio jurídico tanto por su contenido cuanto por su posición en el texto constitucional. Como es bien sabido, las normas-principio son de diversa naturaleza según el grado de concreción o generalidad e importancia que tengan. El art. 9.2 CE, como se dijo, se enmarca dentro de la categoría de los principios generales programáticos, correspondiéndole un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico.

La condición de principio general programático no agota el contenido del art. 9.2 CE. Su concreción normativa es prerrogativa principal del legislador. La cláusula del Estado social ha de entenderse como mandato dirigido en primera instancia al legislador en su condición de artífice principal de la voluntad del Estado democrático. Su labor legislativa puede y debe ser interpretada de conformidad con la Constitución. La labor hermenéutica del TC debe ser extremadamente cautelosa para no invadir las competencias de aquel. En un Estado social y democrático como el español es la regla de la democracia la que determina el contenido normativo de la acción social del Estado y, en un sistema parlamentario como el español, esa función le corresponde primordialmente al Parlamento. De acuerdo a los límites de la Constitución, pero al Parlamento. (PÉREZ ROYO, 2010, pp. 150-1)

Para Garrido Falla, la propia vaguedad de los términos usados – *remove* y *facilitar* – hace del 9.2 CE un precepto programático de escasa operatividad efectiva. La esencia de la norma no es tanto la fijación de objetivos a alcanzar cuanto el disponer los medios para su consecución (GARRIDO FALLA, 1985, p. 157). No puede negarse que la naturaleza de principio general supone, al menos inicialmente, un condicionante respecto de su operatividad jurídica. Salvar esta dificultad requiere instrumentar las técnicas jurídicas adecuadas al cumplimiento del mandato participativo. El artículo 9.2 CE es expresión genuinamente genérica de las denominadas *prescripciones de tipo*

*finalista*, normas que contienen una programación final orientada al logro de un fin. La falta de predeterminación de la conducta a realizar en la propia norma concede al destinatario un amplio margen de discrecionalidad en la elección de los medios conducentes a tal fin (OTTO, 1995, pp. 42-4). En definitiva, el verdadero alcance de este artículo se ve fuertemente influido por el color de las mayorías políticas y el contenido económico, jurídico y social del resto del texto constitucional, haciendo de aquel una declaración formal de buenos deseos o siendo un auténtico acicate para una interpretación progresista del resto del texto constitucional (RAMÍREZ, 1985, p. 45).

Sobre este trasfondo, el mandato participativo puede definirse como ciertamente inconcluso dada la primacía indisimulada de una democracia entendida como procedimiento orientado preferentemente a la renovación de los gobiernos representativos. La participación institucional se canaliza destacadamente en torno a la contienda electoral con la intermediación *irrenunciable* de los partidos políticos. Unas organizaciones que han terminado por monopolizar la vida política, condenando poco menos que al ostracismo la utilización de cualquier otro medio de participación que pueda mermar su condición de agente central del proceso político. Los partidos hoy día se representan en mayor medida a sí mismos que a la ciudadanía a la que dicen representar. (BLANCO FERNÁNDEZ, 1993, p. 1215)

La actuación del principio participativo ha de incluir un diseño institucional participativo equilibrado que depende en gran medida de los entresijos de una lucha política sobre los que la mera lógica jurídica posee escasa influencia (SÁNCHEZ MORÓN, 1979, p. 190). Han sido prácticamente nulas las reformas legislativas acometidas tras un periodo de 30 años de estabilidad democrática<sup>207</sup>. La superación de las circunstancias históricas que condicionaron el diseño institucional de la democracia española imposibilita hoy día el mantenimiento de un modelo participativo claramente desequilibrado en favor de una democracia representativa dominada por unos partidos políticos claramente refractarios a la participación ciudadana en los centros de decisión estatales. Nuestro sistema constitucional ha de ser definido como un sistema *programática y declarativamente participativo*. La praxis política impide calificar

---

<sup>207</sup> La reforma legislativa más significativa de los institutos de democracia participativa ha sido la Ley 4/2006, de 26 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de Iniciativa Legislativa Popular con el objeto de corregir algunas limitaciones y reservas que la Ley de 1984 hacía para así modernizar el procedimiento establecido por la ley en dos momentos puntuales: la recogida de firmas y la tramitación parlamentaria.

seriamente a la democracia española como una democracia participativa. El gobierno de los asuntos públicos es desempeñado monocromática y personalísimamente una vez concluido el periodo electoral. (CALVO CORBELLA, 1993, p. 1274)

#### 2.4 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CE 1978: EL ART. 23.1.

En los apartados precedentes se han definido el principio democrático, la soberanía popular y el pluralismo político como categorías jurídicas nucleares del Estado democrático. La confluencia de estos tres principios en el Estado democrático presupone una novedad sin precedentes: el que la voluntad de los componentes de la sociedad ha de estar presente en el conjunto de la estructura estatal, tanto en su organización y funcionamiento como en el proceso deliberativo y de toma de decisiones socialmente vinculantes. La falta de esta garantía fundamental conlleva el alejamiento del ciudadano de las instituciones y su desconfianza en las virtudes integradoras del mismo. En este entendimiento de la organización del poder político encuentra su *ethos* el derecho de participación política. (AGUIAR DE LUQUE, 1984, p. 671; CALVO CORBELLA, 1993, p. 1272; PRESNO LINERA, 2003, p. 26)

Principio democrático, soberanía popular y pluralismo político se expresan a través de la participación<sup>208</sup>. El principio democrático implica en su acepción general la atribución de la soberanía al pueblo. Y ésta se encuentra íntimamente ligada a la tutela de los derechos de participación en la toma de decisiones políticas de la comunidad, formula que posibilita la autodeterminación política de los ciudadanos y que hace de la ciudadanía gobernada una ciudadana gobernante (PRESNO LINERA, 2003, pp.15-6). Las distintas sensibilidades sociales y políticas que componen la ciudadanía han de gozar de similares oportunidades, tanto para la conformación de sus preferencias cuanto para la ocupación de las instancias de deliberación y toma de decisiones en el Estado.

---

<sup>208</sup> “No cabe duda que la proclamación de la democraticidad del Estado español contenida en el artículo 1.1 del texto constitucional, junto al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, suponen la formulación de la participación como requisito indiscutible de todo régimen democrático. De este modo, si se predica de la democracia el ser «principio legitimador de la política de nuestro siglo», la participación constituye un elemento esencial de aquella, definida «en el sentido de un sistema de participación en la elaboración de las decisiones y de participación en la que los ciudadanos desempeñen de alguna manera un papel activo». [...] Solo desde un marco participativo de pluralismo político es concebible la existencia democrática en un Estado”. (PEREZ SOLA, 1996, p. 101)



El legislador constituyente optó por un modelo de participación desequilibradamente representativo. Los mecanismos de participación directa fueron convenientemente relegados a una posición marginal en el desarrollo de la acción política. La participación política había de operarse principalmente a través de los partidos. El recurso a los instrumentos de participación directa debía ser, cuanto menos, controlable y reducido a supuestos excepcionales. Este estado de cosas, como se verá, se reflejó en la letra y espíritu del art. 23.1 CE.

#### **2.4.1 El contenido general del derecho de participación política del art. 23.1 CE.**

El art. 23.1 de la CE presenta la siguiente redacción literal:

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.

Como es bien sabido por trabajos monográficos anteriores el apartado 1º del art. 23 no tiene precedente en nuestra historia constitucional. El constituyente español, ante la ausencia de precedentes normativos, acudió a fuentes de Derecho Comparado y a Tratados Internacionales. Los cuerpos jurídicos que mayor influjo ejercieron sobre la redacción final del art. 23 fueron el art. 21.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>209</sup>. (CARRERAS SERRA, 2011, p. 233; RAMIREZ, 1985, p.40; SANTAMARIA, 2001, p. 512)

Tanto los textos internacionales cuanto las Constituciones de nuestro entorno geográfico no resuelven de manera tajante los problemas de interpretación de la fórmula de participación establecida en la CE. Los primeros utilizan una terminología

---

<sup>209</sup> Artículo 21. 1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto. Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

participativa inconclusa bajo las expresiones “gobierno del propio país” o “dirección de los asuntos públicos”. Los textos constitucionales de nuestro entorno – art. 20.2 LFB, el art. 3 de la Constitución Francesa y el art. 48.1 de la Constitución de Portugal – optan preferentemente por un reconocimiento genérico del derecho de sufragio. (BIGLINIO CAMPOS, 1987, pp.3916-7)

La ubicación sistemática del artículo 23 (Título I, Capítulo II, Sección I) le confiere el rango de derecho fundamental, rasgo que le hace acreedor de un régimen jurídico privilegiado cuyas notas esenciales, que reproduciremos a renglón seguido, se hallan en los artículos 53<sup>210</sup> y 161.1b CE.

El art. 53.1 de la CE afirma que

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

La primera nota característica de los derechos fundamentales es la eficacia directa y la vinculación de todos los poderes públicos<sup>211</sup>. La *vinculación de todos los*

---

<sup>210</sup>Art. 53. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

<sup>211</sup> Jiménez Campos (1999, p. 29) ofrece una interpretación detallada de la significación de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales en los siguientes términos: “La fórmula constitucional según la cual los derechos fundamentales «vinculan a todos los poderes públicos» introduce, bajo la clara influencia del artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn, un mandato, [...], que es general en cuanto a su alcance y a su contenido. Mandato de alcance general, en primer lugar, porque «todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado» (STC 35/1983, FJ3.º) quedan sujetos por la Constitución a respetar y proteger los derechos fundamentales o, dicho de modo más claro, a reconocer la identidad jurídica propia, a partir de la sola Constitución, de tales derechos. La Constitución proscribire, con ello, tanto cualquier deferencia claudicante en favor del legislador que quisiera ver en aquellos derechos simples directrices para su acción como también, junto a ello, todo intento de legislar sobre los derechos que ignorara o desatendiera aquella identidad que la Constitución les confiere. Pero éste es también un mandato de contenido general o, quizá mejor, complejo, sobre todo en su proyección sobre el legislador. Al poder público no le exige la Constitución solo «respeto» (no transgresión) del derecho fundamental; la Constitución dice que los derechos «vinculan», y en esta expresión, enérgica y amplia, entran también, sin duda, deberes positivos

*poderes públicos* impone un mandato de alcance general de respeto y promoción dirigido principalmente al legislador que implica la tenencia por los derechos fundamentales de un contenido propio *preexistente* a la intervención de los poderes públicos. Los derechos fundamentales tienen una eficacia directa no condicionada a la actuación concretizadora del legislador. Esta vinculación se manifiesta en una doble dimensión: negativa, en el sentido de constituirse en límites o barreras infranqueables a los poderes públicos; y positiva, por la cual los poderes públicos se encuentran igualmente obligados a promover los derechos fundamentales en la búsqueda de su plenitud de eficacia jurídica<sup>212</sup>.

Este mandato general de respeto a la identidad jurídica propia de los derechos fundamentales se concreta a través de las categorías jurídicas subsiguientes, impositoras de una habilitación y una doble exigencia al legislador: la reserva de ley y la salvaguarda del contenido esencial. La reserva de ley del art. 53.1 CE es garantía y límite al propio tiempo. Garantía en cuanto supone una habilitación expresa al legislador democrático para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Es límite en cuanto excluye al reglamento de la posibilidad de incidir en el contenido primario del derecho fundamental si bien, como ha puesto de manifiesto el TC de forma reiterada, se admite la posibilidad del reglamento ejecutivo o de desarrollo de la ley<sup>213</sup>. La decisión sobre la corrección de tal limitación y la concreción en su aplicación es competencia de la instancia jurisdiccional con ocasión de un control abstracto o en la resolución de un conflicto específico en su nivel, constitucional u ordinario. (SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 2011, p. 33)

Esta reserva *genérica* de ley se completa conceptualmente con la lectura del art. 81.1 CE. El legislador constituyente impuso una garantía adicional en materia de

---

de diverso signo, fundamentados siempre en una visión de los derechos fundamentales no limitada a su imagen primordial de derechos subjetivos, sino abarcante también de su condición ordenadora, en un sentido objetivo, de toda la convivencia jurídica”.

<sup>212</sup> “La existencia de base constitucional para esta vinculación positiva a los derechos fundamentales es innegable. De entrada, el art. 53 CE habla genéricamente de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, lo que parece incluir tanto la faceta negativa como la positiva. Pero, por si esto no bastara, el art. 9.2 CE dispone, entre otras cosas, que «corresponde a los poderes público promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». Hay, sin duda, un mandato constitucional de hacer todo lo posible en favor de la plena efectividad de los derechos fundamentales. La Constitución española no concibe los derechos fundamentales únicamente como barreras al legislador, sino que los ve también como valores o bienes jurídicos que ese mismo legislador ha de promocionar”. (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 129)

<sup>213</sup> *Vid.* STC 83/1984, FJ2º, STC 47/1990 FJ4º entre otras.

derechos fundamentales: la reserva de ley orgánica. Su especial naturaleza formal y procedimental le impone un ámbito de actuación restringido funcionalmente al «desarrollo directo» del derecho fundamental o bien a la incidencia sobre «aspectos consustanciales» del mismo. Fuera de su ámbito se encuentran aquellas otras regulaciones que afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites y cuya regulación cae en el ámbito de la reserva del art. 53.1 CE<sup>214</sup>.

Resultado de la habilitación al legislador en materia de derechos fundamentales es la necesidad de definir los contornos y límites de la misma. Cuando tal intervención amplía el contenido del derecho no suele haber problema. La duda surge cuando la intervención tiene carácter restrictivo del contenido del derecho fundamental ¿Cuál es el límite a la restricción de un derecho fundamental? Aquí nos limitaremos a afirmar que un primer límite cierto e infranqueable, «límite de los límites», a la restricción legislativa de los derechos fundamentales es el contenido esencial. En una primera aproximación alude al contenido mínimo e imprescindible para el reconocimiento del derecho y sin la cual pierde su mínima eficacia, dejando de ser reconocible como derecho fundamental. La idea central es el reconocimiento de la existencia de contenidos indisponibles a la intervención de los poderes estatales e igualmente oponibles a los particulares. Siendo garantía inherente a todo derecho fundamental, su perfil concreto ha de ser fijado atendiendo a la naturaleza de cada derecho individualmente considerado. (SARLET, 2012a, pp.344-5)

La fijación del contenido esencial corrió a cargo del TC en la Sentencia 11/1981 (FJ 8º). En ella se *indicaron dos caminos*. Un primero, el conocido como tipo abstracto y preexistente del derecho, según el cual por contenido esencial se entiende el conjunto de facultades que en cada momento histórico definen la esencia del derecho y sin las cuales éste se desnaturaliza. Y un segundo centrado en la fijación y garantía de salvaguarda de los intereses jurídicamente protegidos que dan vida y permiten reconocer el derecho de que se trate. Respetar la esencia del derecho y salvaguardar los intereses jurídicamente protegidos son los puntos cardinales sobre los cuales gravita el contenido esencial y que, en lo que aquí interesa destacar, designa aquello que con independencia de su grado de determinación es del todo inaccesible para el legislador.

---

<sup>214</sup> Vid. STC 101/1991, FJ 2º, entre otras

(DIEZ PICAZO, 2008, pp. 115-26; GARCÍA ROCA, 1999, p. 152; JIMÉNEZ CAMPO, 1999, pp. 66-80)

El régimen jurídico general de los derechos fundamentales se completa con la introducción de otra garantía esencial para su eficacia: el control de constitucionalidad, “anunciado” en el art. 53.1 y concretado en el art. 161.1.a de la CE. Este control se posibilita mediante el recurso de inconstitucionalidad contra leyes a interponer ante el Tribunal Constitucional. Su objeto es solicitar la invalidez de leyes que en su contenido violen los derechos fundamentales, siendo esta garantía otra limitación de la libertad configurativa del legislador democrático.

El apartado 2º del art. 53 CE y el art. 161.1, b. constituyen nota específica de la categoría derecho fundamental. Una y otra otorgan a los derechos reconocidos en la Sección I, del Capítulo II del Título Primero de la CE (arts. 15 a 29 así como al principio de igualdad del art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30) un mecanismo de protección jurisdiccional *reforzado* articulado en dos procedimientos diferentes y sucesivos (excepción hecha de lo previsto en el art. 42 LOTC) y ante dos jurisdicciones distintas. Nos referimos al procedimiento *preferente y sumario* ante los Tribunales ordinarios y al recurso de amparo ante el TC. El carácter reforzado de esta protección no implica la atribución de un *plus* de valor a estos derechos, sino un especial celo protector por el constituyente de aquellos derechos más desconocidos o amenazados durante la experiencia preconstitucional (JIMÉNEZ CAMPOS, 1999, p. 82).

Realizado el *excursus*, se retoma el objetivo principal de este apartado. La redacción del artículo 23.1 no presenta especiales problemas desde la perspectiva jurídica. Resulta obvio que en el marco de una Constitución democrática presidida por los principios democrático, de soberanía popular y pluralismo político, el contenido del artículo 23 es elemento angular de la norma constitucional. El derecho de participación política es, utilizando la clásica expresión de Santamaría (2001, p. 512), “[...] la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado”.

La participación política adquiere en el contexto del Estado constitucional democrático la condición de derecho fundamental con un claro propósito: otorgar a la ciudadanía un poder de intervención decisivo en la vida funcional del Estado a través del cual los ciudadanos sean considerados sujetos activos de la vida política y no meros

asistentes a su decurso. (AGUIAR DE LUQUE, 1984, p. 661; PRESNO LINERA, 2003, p. 113).

El ciudadano debe poder participar en los *asuntos públicos* por dos vías que deberían ser complementarias en una democracia avanzada: directamente, a través del referéndum y la iniciativa legislativa popular (en adelante ILP) e indirectamente por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. La finalidad perseguida a través del diseño constitucional del artículo 23.1 es trascendental para la legitimación del orden estatal democrático: que el poder de decidir tenga no sólo consecuencias jurídicas, sino que además aquél sea fiel reflejo material de la voluntad popular. La participación cumple, además, dos objetivos igualmente trascendentes: el desarrollo de la personalidad del individuo y su integración en la comunidad. (ESTEBAN *et al*, 1980, p. 84)

El constituyente pretendió fijar con la categoría de principio las formas de integración democrática de los cuerpos representativos tradicionales de acuerdo al diseño *multiterritorial* establecido en la CE. La mención sucinta a la democracia directa implica una legitimación conscientemente genérica. Tal intención queda definitivamente refrendada con la alusión expresa a la participación directa o la representativa en elecciones periódicas a través del sufragio universal.

Analizadas las notas esenciales del art. 23.1 CE, es momento de conceptualizar el elemento central del ámbito objetivo del derecho fundamental de participación política: la *voz asuntos públicos*.

#### **2.4.2 El contenido objetivo del derecho: la participación en los asuntos públicos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

La CE se enmarca en la corriente de *filosofía participativa* característica del constitucionalismo europeo vigente. Una participación con unos perfiles amplios y genéricos en el art. 9.2 CE. La generalidad del enunciado se reproduce, no sin cierta extrañeza, en el art. 23 CE. Este dispositivo afirma únicamente que los ciudadanos tienen el derecho de participar en los *asuntos públicos*. No determina, ni tan siquiera mínimamente, cual es el contenido de tal expresión.

La indeterminación de la expresión nos lleva a preguntarnos si por asuntos públicos ¿ha de entenderse *exclusivamente* la participación política orientada a la toma de decisiones por las instituciones representativas territoriales generales? ¿O bien tal expresión alcanza a otros ámbitos institucionales como consecuencia de una interpretación extensiva? La determinación del alcance del art. 23 resulta de gran importancia en cuanto a su ámbito material, significado y vías jurisdiccionales de protección (LÓPEZ GUERRA, 1993, p. 1172).

La respuesta a la interrogante aquí planteada requiere del análisis de la jurisprudencia constitucional y de la revisión crítica de las posiciones doctrinales vertidas a respecto de la hermenéutica constitucional del art. 23.1 CE. Las primeras sentencias (23/84, de 20 de febrero FJ4º, 51/84, de 29 de mayo, FJ1º) van a marcar la *línea restrictiva* con la que el TC entendió el contenido de los *asuntos públicos*. Los parámetros concretos fueron: a) El derecho de participación política es la forma de ejercitar la soberanía popular que, en la lógica del Estado social y democrático de Derecho, reside en el pueblo español; b) Por ser un derecho otorgado exclusivamente a la ciudadanía – *uti cives* – y expresión de la soberanía popular su ejercicio se corresponde con la elección de los miembros de las Cortes Generales así como, por identidad funcional, de aquellas Entidades que componen la organización territorial del Estado del art. 137 CE; c) La participación en asuntos concretos requiere de un especial llamamiento: el sufragio universal como vehículo de transmisión jurídica de la soberanía popular<sup>215</sup>. Una línea jurisprudencial compartida por no pocos doctrinarios<sup>216</sup>.

El propio TC reiteró un año más tarde la línea hermenéutica restrictiva al rechazar la condición de derecho «general» del derecho de participación entendido como “clausula abierta sin límites bajo la cual admitir cualquier fórmula participativa”. El Alto Tribunal entendió como límites objetivos dos elementos del poder jurídico configurados en el art. 23.1 CE: a) La titularidad exclusiva de los ciudadanos y no de cualquier otra categoría de personas; b) La situación jurídica enunciada en el art. 23.1 referida a un modelo estricto de participación: mediante representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas y por sufragio universal.

---

<sup>215</sup> Vid. STC 51/84 (FJ2º).

<sup>216</sup> Cf. Presno Linera, 2003, p. 113; Fossas, 1993, pp. 58-9; López Guerra, 1993, p. 1172; Aguiar de Luque, 1984, p. 660; Font i llovet, 1985, p.45.

En la STC 119/95 (FJ2º) se procedió a fijar el contenido de los *asuntos públicos* recurriendo a una interpretación sistemática de la CE al afirmar el TC que

La expresión «asuntos públicos» resulta aparentemente vaga y, a primera vista, podría llevar a interpretación extensiva del ámbito tutelado por el derecho que incluyera cualquier participación en asuntos cuyo interés trascienda el ámbito de lo privado. Esta interpretación literalista de la expresión no es, desde luego, la única posible, y no parece tampoco la más adecuada cuando se examina el precepto en su conjunto y se conecta con otras normas constitucionales.

Quedaron excluidas de los asuntos públicos aquellas otras formas de participación que, formando parte del texto constitucional, no reuniesen los requisitos que la convierten en una *categoría especial dentro del género participación*. Las notas que distinguen a la participación política tienen que ver con la finalidad del acto participativo, que no es otra que el ejercicio directo o por medio de representantes del poder político. Para tanto, se requiere de un especial llamamiento y manifestación a través del sufragio universal<sup>217</sup>. La universalidad de la participación, que tan solo se predica del ciudadano en cuanto sujeto sometido a un determinado ordenamiento, excluye cualquier otra circunstancia social, económica o personal<sup>218</sup>.

La participación del art. 23.1 CE se refiere a instituciones políticas. Otras manifestaciones del sufragio, como el sistema de elección de la Junta de un Colegio de Abogados, no pueden ser entendidos como sufragio universal. La amplitud de la expresión *asuntos públicos* se reduce considerablemente y, consecuentemente, también lo hace el ámbito del derecho de participación garantizado como derecho fundamental. Ello no quiere decir que las restantes modalidades participativas carezcan de importancia en un sistema democrático presuntamente participativo como el español. Significa que la finalidad diversa al ejercicio del poder político y la legitimación activa distinta del conjunto de la ciudadanía las sitúan fuera del ámbito del 23.1CE.

---

<sup>217</sup>Vid. STC 119/95, FJ5º.

<sup>218</sup>Sobre la condición de derecho exclusivamente ciudadano, Pérez Royo (2010, p.359) afirma: “El derecho de participación política reconocido en el art. 23.1 CE es el instrumento a través del cual se hace real y efectiva la voluntad general. Es, por tanto, el vehículo a través del cual la igualdad constitucional penetra en la organización política del Estado. Justamente por eso, la Constitución lo reconoce como un derecho exclusivamente ciudadano. Es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía. Pues somos ciudadanos en la medida en que participamos en la formación de la voluntad general y participamos en la formación de la voluntad general en la medida que somos ciudadanos”.



### 2.4.3 La crítica doctrinal a la labor hermenéutica del TC en la definición del concepto «asuntos públicos».

La significación y contenido de la voz «asuntos públicos» ha sido y es materia que ha mantenido a la doctrina dividida en dos posiciones enfrentadas<sup>219</sup>: una línea restrictiva que encuentra en Aguiar de Luque a su principal defensor y una interpretación extensiva que tiene por referente a Santamaría<sup>220</sup>.

Para Aguiar de Luque, el derecho de participación ha de ser interpretado como un «ius agendi», “un derecho a actualizar la participación en los asuntos públicos, entendidos estos como actos investidos de funciones públicas, en fiel correspondencia con el concepto de estado democrático que consagra el artículo 1º”. El contenido elemental del derecho a participar alude a la intervención ciudadana en la estructura del Estado como consecuencia lógica del principio de soberanía popular. Es, pues, la subjetivación del principio de soberanía popular. (AGUIAR DE LUQUE, 1984, pp. 659 y ss)

La soberanía popular, dice el autor, no ha de ser objeto de una interpretación voluntarista desvinculada del concepto de Estado de Derecho dado que su significación elemental alude a la idea de originariedad del ordenamiento. No ampara un derecho general e irrestricto a participar. El funcionamiento y los procesos de decisión de los poderes públicos están constitucionalmente tasados. El derecho de participación ha de ser objeto de materialización a través de los cauces constitucionalmente diseñados. El valor tutelado por el art. 23.1 CE es el de participar en los asuntos públicos, conceptuados como los procesos de formación de la voluntad del Estado y no del pueblo, concepto tutelado *amplio sensu*<sup>221</sup>. El art. 9.2 CE es norma habilitadora para la ampliación por los poderes públicos de los cauces participativos. Pero no es norma cuya fuerza vinculante permita ampliar el canon de participación entendida como derecho fundamental. (AGUIAR DE LUQUE, 1984, pp. 659 y ss)

Santamaría sustenta una posición extensiva del contenido de la locución «asuntos públicos». El art. 23.1 CE tiene como eficacia primaria la integración

<sup>219</sup> Cf. Sánchez Blanco, 1985, p.207; Álvarez Conde, 2009, p. 535; Biglinio Campos, 1987, p. 3915.

<sup>220</sup> Cf. Aguiar de Luque, 1984, pp. 659 y ss; Santamaría, 2001, pp. 511 y ss.

<sup>221</sup> En sentido contrario, cf. Sánchez Blanco, 1985, p. 210.

democrática de los cuerpos representativos y las fórmulas de democracia directa. Pero la reiterada presencia de esta regla en el cuerpo constitucional (art. 68.1 y 69.2, arts. 92, art.140, art. 151.1, 151.2, 3. y 5, art. 152.1, 167.3, 168.3; Disp. transitoria 4ª) permite una interpretación extensiva del término *asuntos públicos* a las modalidades de participación que, por obra de la ley, se establezcan en la función judicial y la organización administrativa.

La definición del contenido «asuntos públicos» ha precisado del examen de los diversos elementos que en mayor o menor medida fueron utilizados por el TC y que serán objeto de revisión y crítica.

La primera de las líneas argumentativas es la idea de participación del constituyente español expuesta en los trabajos parlamentarios. De nuevo hay dos posiciones enfrentadas. En opinión de Sánchez Blanco cabe concluir que la intención del constituyente se expresa con mayor nitidez en el trámite de la norma en el Senado y en el rechazo de enmiendas que pretendían reducir el ámbito de la participación a la puramente representativa y, por tanto, intensificar la participación directa del ciudadano en los asuntos públicos (SÁNCHEZ BLANCO, 1985, pp. 220 y ss).

Biglinio Campos considera que el contenido de los asuntos públicos fue convenientemente abordado en los debates parlamentarios. La voluntad de los constituyentes era la conservar, aun con carácter subsidiario, las instituciones de participación directa. (BIGLINIO CAMPOS, 1987, p. 3916)

Las valoraciones realizadas por ambos autores no deben ser consideradas definitivas. El propio TC descartó los antecedentes parlamentarios como criterio de definición del contenido de los asuntos públicos.

Un segundo criterio, el primero utilizado por el TC en la determinación del concepto «asuntos públicos» en la Sentencia 23/84 (FJ 4º) es el art. 10.2 CE. Dijo el Tribunal que

La lectura de los preceptos transcritos acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2 interpretado en conexión con el art. 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de

acuerdo con el artículo 137 de la Constitución – Comunidades autónomas, municipios y provincias –. [...]

La labor hermenéutica del Tribunal sobre el contenido de los artículos 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) y el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCYP)<sup>222</sup> debe ser puesta en entredicho. La restricción del derecho de acceso a los cargos públicos a aquellos cargos públicos de representación política se apoya en una lectura apresurada sobre el contenido de tales artículos. La remisión a tales textos internacionales no se apoya en exégesis alguna además de desconsiderar antecedentes de elaboración y teleológicos del propio texto constitucional. La posible restricción del ámbito de los *asuntos públicos* a la participación política precisa de elementos hermenéuticos complementarios. (SÁNCHEZ BLANCO, 1985, p. 219)

En opinión de Sánchez Blanco, los votos particulares de los Magistrados Latorre-Segura y Díez Picazo en la STC 5/83 (puntos 2º y 3º) permiten una interpretación extensiva de la voz asuntos públicos. Tales Magistrados realizaron una doble referencia a la función pública y cargos representativos sin delimitación del ámbito político administrativo de cada uno de ellos. Asimismo, la interpretación que hicieron del art. 25 del PIDCYP y del artículo 48 de la Constitución Portuguesa permite comprender nítidamente el ámbito político y administrativo como parte del contenido conceptual de los derechos de participación, representación y accesos a cargos públicos<sup>223</sup>. (SÁNCHEZ BLANCO, 1985, pp. 217-9)

---

<sup>222</sup> Art.22. 1 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. Artículo 25 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades :a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

<sup>223</sup>En sentido contrario, Eric Fossas (1993, p. 55) afirma: “Sánchez Blanco ha defendido, con argumentos pocos convincentes, que los «asuntos públicos» conectarían con los «poderes públicos» in genere, incluyendo «todas aquellas estructuras organizativas originariamente privadas, pero publicadas por imperativo de su utilidad funcional para los intereses públicos». Desde el punto de vista sistemático, añade el autor, la participación del artículo 23 no puede reconducirse a la participación política electoral, que ya tiene su precisa referencia normativa en los preceptos del Título III. Al margen de la dudosa corrección de la anterior interpretación sistemática, nos parece que, si lo que se quiere defender, aunque no se diga de manera explícita, es que el artículo 23 está garantizando la participación de los ciudadanos en la vida social de la comunidad política, el camino de los «poderes públicos» no es el más acertado. Precisamente porque tal expresión, en nuestro texto constitucional, designa «el conjunto de instituciones

Biglinio Campos se sirve del art. 10.2 CE para defender una concepción restrictiva del término «asuntos públicos». Entiende la autora que tanto el art. 22 DUDH y el art. 25 PIDCYP aluden a una concepción más restringida de la participación que nuestro texto constitucional al centrarse en la esfera política definida como “gobierno del propio país” o “dirección de los asuntos públicos” (BIGLINIO CAMPOS, 1987, p. 3917).

Ibañez Macías entiende que el art. 10.2 CE, aun entendido como criterio interpretativo preferente del contenido de los derechos fundamentales, no es criterio definitivo para afirmar el alcance restrictivo del contenido o garantía del art. 23. Los tratados internacionales de derechos humanos son “un derecho de mínimos” frente a la regulación más detallada de las normas constitucionales. (IBAÑEZ MACÍAS, 2007, pp. 80-2)

La expresión “dirección de los asuntos públicos” del art. 23 es, en su literalidad, criterio aun más restrictivo que el de «asuntos públicos» por aludir exclusivamente a la función directiva. Esta circunstancia invalida la aplicación del art. 25 en función del art. 5 del propio Pacto, que niega la validez de toda restricción de derechos fundamentales reconocidos por un Estado parte bajo el pretexto de no ser reconocidos o en menor grado en el presente Pacto. Concluye el autor afirmando la posible interpretación extensiva de la expresión “dirección de los asuntos públicos” al referirse tanto a entes públicos territoriales como a aquellos de naturaleza no territorial circunscritos a actos de *indirizzo* político o político administrativo. (IBAÑEZ MACÍAS, 2007, pp. 80-2)

La coherencia de los argumentos de Ibañez Macías permite dudar de la interpretación restrictiva de los Tratados como sustento para afirmar que el ámbito objetivo del art. 23.1 CE se refiere exclusivamente al terreno político.

Otro argumento utilizado por el TC para definir el contenido de los «asuntos públicos» es el recurso a la interpretación sistemática del art. 23.1 CE<sup>224</sup>. Fue la

---

que forman y actúan la voluntad del Estado», derivadas «de manera mediata o inmediata, pero también a través de procedimientos jurídicamente formalizados, de la voluntad de los ciudadanos» y, lo que es más importante, «se oponen a los poderes privados».

<sup>224</sup> La interpretación sistemática es entendida por el TC (Auto 60/1981) en los siguientes términos: “[...] es necesario efectuar una interpretación sistemática de la Constitución, ya que los preceptos constitucionales no pueden ser interpretados aisladamente y desde sí mismos, sino siempre en relación

Sentencia 23/84 (FJ 4º) la que marcó una línea de interpretación continuada por las Sentencias 51/84 y 119/1995 (FJ 2º) en los siguientes términos

La lectura de los preceptos transcritos acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2 interpretado en conexión con el art. 23.1 y de acuerdo con tales preceptos, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución – Comunidades autónomas, municipios y provincias –. Conclusión inicial que queda confirmada si se parte, como es obligación del artículo 1.1 de la Constitución, que configura el Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que – artículo 1.2 – la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado. Consecuencia lógica de este principio es el derecho fundamental que examinamos, cuyo ámbito ha de determinarse en función del mismo [...]

El TC interpretó el art. 23.1 CE recurriendo a los principios democráticos y de soberanía popular del art. 1.1 y 2 de la CE. Posteriormente, el Alto Tribunal entendió la participación política como “una manifestación de la soberanía popular” que requiere imprescindiblemente de un llamamiento especial concretado a través del sufragio universal<sup>225</sup>.

La interpretación del principio democrático hecha por el TC ha sido objeto de crítica doctrinal. Invocar el principio democrático en la definición del ámbito del art. 23.1 CE debería servir para ampliar y no restringir el contenido del mismo. (IBÁÑEZ MACIAS, 2007, p. 82)

Compartimos con Ibañez Macías el entendimiento erróneo que del principio democrático realizó el TC. En nuestra opinión requiere, no cabe duda, la función de impulsar y no restringir la participación activa del ciudadano. De esta afirmación no se deriva automáticamente una identidad funcional que posibilite ver que en la

---

con otros preceptos y con la unidad de la propia Constitución en la que están articulados. Tal criterio interpretativo de la Constitución, destinado a armonizar los valores esenciales establecidos o reconocidos por ella, entre los que se encuentran los derechos fundamentales y libertades públicas y la forma política parlamentaria, debe hacerse en cada caso planteado, equilibrando los valores en juego y en caso de conflicto teniendo en cuenta qué precepto constitucional tiene mayor peso para decidir la cuestión concreta planteada”. Posteriormente, en la STC 5/1983 (FJ 3º) el propio TC dirá en relación al 23.2 que: “La interpretación del alcance y contenido del derechos fundamental a acceder a los cargos públicos, que es el que ahora interesa, ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás; es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática”.

<sup>225</sup> En este sentido, dirá el TC (Sentencia 119/1995 FJ 3º) lo siguiente: “ Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del art. 23 C.E. es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular [...]”.

participación administrativa se ejercita en todo caso la soberanía popular, sin por ello negar el efecto reflejo que aquella tiene en esta modalidad participativa.

Dicho en otros términos: la soberanía popular se ejercita directa o indirectamente a través de los cauces previstos con arreglo a las leyes configuradoras del derecho de participación política del art. 23.1 CE<sup>226</sup>. No cabe afirmar la homogeneidad funcional entre la participación política y la participación administrativa *amplio sensu*. El ejercicio primario de la soberanía popular a través de la cual la ciudadanía y sólo ella conforma la voluntad general del Estado solo se da en el caso de la participación política<sup>227</sup>.

Sánchez Blanco mantiene una línea contraria a la aquí expresada. Para el autor, el TC no lleva a cabo interpretación sistemática alguna del art. 23.1 CE. Esta afirmación se basa en dos argumentos: a) la ausencia de exégesis del contenido de los artículos 22 de la DUDH y el art. 25 PIDCYP y; b) el farragoso exordio sobre la «interpenetración estado-sociedad» que acaba descalificando la categoría de colegios profesionales, en

---

<sup>226</sup>En sentido similar, Pérez Sola (1996, p. 116-7) afirma: “De este modo, y a efectos sistematizadores, podemos adelantar una hipótesis interpretativa que tiene como punto de partida la proclamación de «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE), como corolario, la responsabilidad de los poderes públicos para remover los obstáculos e impedimentos que surjan, y como finalidad la participación real del ciudadano. A partir de aquí se hace necesario diferenciar dos esferas de participación ciudadana en el texto constitucional. De un lado nos encontramos con la participación política, que entroncaría directamente con la tradición jurídica democrática, en tanto que derecho político del ciudadano a participar en la vida política por sí o mediante representante (art. 23 CE). De otra, el reconocimiento del ciudadano o de los grupos (organizados o no, en los que se puede integrar) como parte necesaria, en algunos casos, en los procesos de toma de decisiones, bien a nivel inter-particulares (art. 37, 129.2 CE), que se concreta en fenómenos asociativos y corporativos, sin olvidar que puede actuar como parte legitimada ante la Administración Pública (art. 105) o la Administración de Justicia (art. 125 CE) y que encuentra su fundamento en la proclamación del Estado social concebido como intervención, gestión y planificación de las políticas públicas”.

<sup>227</sup> En sentido análogo, Pérez Royo (2010, p. 360) afirma: “El art. 23.1 es el punto de confluencia de la soberanía nacional-popular proclamada en el art. 1.2 y de la igualdad constitucional proclamada en el art. 14. Su ámbito material está delimitado por dicha confluencia. De ahí que tenga razón el Tribunal Constitucional cuando en la STC 51/1984 dice: Se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1, y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español. [...]”. En sentido contrario, García Roca (1999, p. 104) entiende que la soberanía popular se ejerce igualmente “[...] mediante los grupos o formaciones sociales en que los individuos se integran (art. 9.2) y a través de los cuales en parte importante ejercen los ciudadanos sus libertades. Sucede, muy especialmente, con los partidos políticos que, por mandato constitucional, concurren a la «formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política» (art.6). A los partidos políticos incumbe satisfacer una función canalizadora de la opinión pública de las sociedades hacia el Estado, y es indudable que a través de ellos pueden ejercer habitualmente los ciudadanos múltiples derechos: las libertades ideológica (art. 16.1) y de expresión [art. 20.1, a)], el derecho de reunión en lugares cerrados o de tránsito público (art. 21), el derecho de asociación (art. 22), etcétera”.

particular, y de la Administración corporativa en general”. (SÁNCHEZ BLANCO, 1985, p.219).

Pérez Sola, por el contrario, entiende que el derecho de participación tiene dos subesferas, la política y la socio-administrativa, jerárquicamente diferenciadas y que encajarían respectivamente con las dimensiones democrática y social del Estado español (PÉREZ SOLA, 1996, p. 117).

Un caso particular es el derecho del ciudadano a participar en la institución del Jurado del art. 125 CE. El propio TC, en la Sentencia 119/95 (FJ4º), lo diferencia del resto de modalidades participativas al admitir implícitamente, pues no entra en el fondo de la cuestión, que su naturaleza puede ser diferente del resto de modalidades participativas excluidas del art. 23.1 CE. El Alto Tribunal parece dudar acerca de si la institución del Jurado es o no una manifestación de la soberanía popular y, por tanto, podría ser incluida dentro del contenido del conjunto de los «asuntos públicos»<sup>228</sup>. La falta de ulteriores pronunciamientos no debe impedirnos una toma de postura.

Comenzando por la propia LO 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (en adelante, LOTJ), la Exposición de Motivos refleja claramente la posición del legislador orgánico: el instrumento del jurado enlaza de forma indiscutible con la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos del artículo 23.1 de la Constitución española. Añade a renglón seguido que el Jurado es una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos perteneciente a la esfera del *status activae civitatis*. Dada la presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de la ley orgánica debe admitirse, ante la ausencia de pronunciamiento en contrario del TC, que el Jurado entra dentro del ámbito «asuntos públicos»<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Serrano Alberca (1985, p. 1851-2) sintetiza los argumentos a favor y en contra del Jurado como expresión de la soberanía popular en los siguientes términos: “Los argumentos favorables han presentado al Jurado como consecuencia de la soberanía popular, de tal manera que el pueblo no sólo debe participar en las tareas legislativas a través de sus representantes, sino también en la función judicial, pues ésta es otra de las manifestaciones de la soberanía. [...]. Frente a la tesis que fundamenta el Jurado en la soberanía popular se alega que no ejerce funciones de poder popular, sino que las suplanta, ya que no es responsable y no existe función de poderes sin responsabilidad”. Cf. García Roca, 1999, p. 104, para quien la participación en la Administración de Justicia mediante el Jurado es una manifestación de la soberanía popular.

<sup>229</sup> En línea similar, Pérez Royo (2010, p. 713) afirma: “La institución [...] está contemplada como la simple posibilidad de extender el genérico derecho de participación del art. 23 CE a la Administración de Justicia”. Para Santamaría (2001, p. 513): “Está fuera de toda discusión el tema de la participación en la función judicial a través del Jurado [como parte integrante del ámbito del art. 23.1 CE]”. En sentido

La función de jurado tiene una naturaleza jurídica que podría calificarse de mixta. El legislador orgánico entiende que la institución es un derecho-deber de obligado cumplimiento para todos aquellos que no estén incurso en causa de incompatibilidad, prohibición o carezcan de excusa conforme a la LOTJ (art. 6 LOTJ). El art. 7 LOTJ lo califica de deber inexcusable de carácter público y personal.

El art. 9.2 CE es otro de los argumentos que el TC utilizó para restringir el contenido de los «asuntos públicos» que mantiene enfrentado a la doctrina. Ibañez Macías afirma no entender como el TC no vincula el art. 9.2 CE que, entre otros ámbitos se refiere a la vida política, con el art. 23.1 CE (IBAÑEZ MACIAS 2007, p. 83).

El art. 9.2 CE es entendido mayoritariamente como principio general. Implica un *mandato de optimización* que, como se dijo, condiciona su fuerza vinculante en la práctica a las condiciones no solo jurídicas sino fácticas. Es un criterio orientador y no determinante de la libertad de configuración que en materia de derechos fundamentales ha de tener el legislador orgánico<sup>230</sup>. Nos resulta dudoso que por fuerza del art. 9.2 CE se debiera automáticamente integrar en el ámbito objetivo del derecho de participación política la participación administrativa.

La intención del TC en la Sentencia 119/95 (FJ 3º, 4º) no fue negar la existencia y eficacia jurídica de otros títulos de participación □ art. 9.2, art. 48, art. 105, art. 129 □, sino delimitar el ámbito del derecho fundamental encuadrado en el contenido del art. 23.1CE<sup>231</sup>. El Alto Tribunal entendió que la ubicación sistemática de tales manifestaciones en preceptos diferentes del texto constitucional así como la propia *ratio* del art. 23.1 CE son argumentos de peso para restringir el ámbito de la participación en los asuntos públicos como derecho fundamental. Parte de la doctrina

---

análogo, cf. González Jiménez, 2006, p. 124; Corcuera Atienza, 1995, p. 113; Máres Roger; Mora Alarcón, 1996, pp.94-5.

<sup>230</sup> Cf. Pérez Sola, 1996, p. 105; Calvo Corbella, 1993, p. 1258.

<sup>231</sup> Álvarez Conde (2009, p. 535) menciona las modalidades participativas que quedarían fuera del concepto «asuntos públicos» en los siguientes términos: “De esta concepción jurisprudencial se desprende la idea de que cuestiones tales como la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, a través de la institución del jurado, o el tema de la audiencia de los ciudadanos, directa o indirectamente, en el proceso de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten y el acceso de los mismos a los archivos y registros administrativos, no pueden deducirse directamente del derecho de participación constitucionalizado en el art. 23, sino de lo dispuesto en otros preceptos constitucionales, donde expresamente aparecen reconocidos”.



afirma la suficiencia de estos argumentos para negar la inclusión de otras modalidades participativas en el contenido del art. 23.1 CE<sup>232</sup>.

Junto al estado del arte de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, se entiende útil indagar sobre la suficiencia y adecuación de la acepción *democracia política* como *ratio* del art. 23.1 CE a la dinámica de un Estado social y democrático que, como el español, se encuentra inmerso en una crisis sin precedentes de las instituciones y poderes públicos que sustentan nuestro modelo de democracia representativa.

La democracia política es *conditio sine qua non* para la existencia y supervivencia de la democracia. Es obvio que forme parte del contenido del art. 23.1 como “forma de participación inorgánica expresiva de la voluntad general”. Hasta aquí concordamos con la argumentación del TC. Es precisamente su naturaleza de *conditio sine qua non* de la supervivencia democrática lo que hace inadecuada la interpretación restrictiva del TC. La participación ciudadana adquiere la condición de mecanismo de ejercicio puntual basado en la renovación periódica de los gobernantes. La participación directa queda relegada a un plano secundario y de dudosa relevancia para el correcto desarrollo de la democracia política.

No podemos compartir el menosprecio funcional que de los mecanismos de participación directa y semidirecta hace el TC y, por extensión, de la restricción que de tales mecanismos indica al legislador<sup>233</sup>. La representación política, indispensable, no ha de conllevar la marginación de los institutos de participación directa. El reconocimiento de carácter general y abstracto realizado en el art. 23.1 CE no ha de suponer una limitación al legislador, sino antes bien, una habilitación extensiva en esta dirección. (SANTAMARÍA, 2001, p. 515)

La restricción de los mecanismos de participación directa respondió a circunstancias histórico-políticas de indudable trascendencia para la consolidación del recién instaurado sistema democrático español. La necesidad de unos partidos políticos

<sup>232</sup> Cf. Pérez Sola, 1996, p. 115; Pérez Royo, 2010, pp. 360-1.

<sup>233</sup> En este sentido, afirma el TC (Sentencia 119/95, FJ 3º) que: “Y aún si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que «priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 76/1994, fundamento jurídico 3º)”.

fuertes que garantizaran la estabilidad del sistema se sobrepuso a un diseño institucional equilibrado entre la representación y la democracia directa. La pregunta es si tales argumentos se sostienen hoy día. La respuesta es un rotundo no.

La realidad de nuestro sistema político nada tiene que ver con la descrita en el párrafo anterior. La democracia como sistema no está en discusión. Está en cuestionamiento su configuración desequilibradamente representativa. La fuerza de hechos no permite dudar seriamente del agotamiento del modelo democrático *representativo*. La profunda crisis de la representación política demanda urgentemente una profunda revisión conceptual y del ámbito material de los *asuntos públicos*. Se precisa corregir el desequilibrio representativo reconfigurando el ámbito jurídico y espacio institucional de los mecanismos de participación directa y semidirecta. La ciudadanía del s. XXI no solo ha de ejercer una labor de legitimación de los representantes. También debe poder intervenir decisivamente en la gestión de los asuntos públicos, sea refrendando iniciativas legislativas, sea proponiéndolas directamente.

Resta por analizar los dos elementos objetivos que el TC consideró determinantes para restringir la participación del art. 23.1 CE a la participación política. Nos referimos a la idea de ciudadanía y sufragio universal para la participación representativa. La titularidad del derecho de participación como derecho ciudadano fue puesta de manifiesto por primera vez en la Sentencia 5/1983 (FJ4º) en los siguientes términos

Los partidos políticos, tal y como establece el artículo 6º de la Constitución, ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad política y son instrumento fundamental para la participación política. Pero, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que el derecho a participar corresponde a los ciudadanos y no a los partidos [...].

El TC confirmó que el derecho de participación corresponde exclusivamente a las personas físicas en cuanto sean ciudadanos. No cabe extender la titularidad a personas jurídicas – en este caso los partidos políticos – aun cuando desempeñan funciones elementales en la materialización de la participación política. Este primer pronunciamiento fue ampliamente refrendado por el Auto 942/1985, en el cual el TC vino a reafirmar la titularidad *uti cives* del derecho de participación y descartándola para

cualquier otra abstracción o categoría personal, social o laboral. Quedó fuera del art. 23.1 la denominada representación sectorial o corporativa.

A renglón seguido, el TC definió el otro requisito que complementariamente ciñó el ámbito de la participación a la política: la representación a través del sufragio universal. Afirmó el Alto Tribunal que

Sólo cuando la participación lo sea a través de «representantes» (y en orden a la noción de «representación» empleada por la norma fue concluyente la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, en su fundamento jurídico 2.º y cuando -en coherencia con la titularidad difundida del derecho- la elección de éstos se realice mediante «sufragio universal» (en cualquier ámbito territorial) estaremos en el objeto del art. 23.1 de la Constitución. Fuera de este precepto quedarían, pues, cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en nuestro ordenamiento.

La consecuencia es cristalina: la representación que garantiza el art. 23.1 CE es la representación política materializada a través del sufragio universal. Queda fuera del contenido del art. 23.1 la representación de intereses. Se entendió por participación política aquella que tiene por titulares exclusivos a los ciudadanos y que requiere inexcusablemente de sufragio universal como expresión de la voluntad general.

El análisis de los diversos elementos que el TC utilizó para definir el contenido de los «asuntos públicos» arroja un resultado que hemos de calificar de desigual, si bien compartimos en líneas generales en relación a su entendimiento restrictivo. La interpretación sistemática presenta serias carencias, particularmente la lectura inadecuada y voluntarista del contenido de los Tratados Internacionales. Sí parece adecuada la conexión con el principio democrático y la negativa a homogeneizar funcionalmente las modalidades participativas política y administrativa.

La participación política es la referida a la formación de la voluntad general de los órganos del Estado, articulada a través del sufragio universal, y la participación popular a través del Jurado del art. 125 CE. No compartimos la visión netamente representativa que de la democracia política tiene el TC por las razones anteriormente expuestas. Corresponde, llegados a este punto, pronunciarnos sobre la configuración jurídica de la titularidad del derecho de participación política.

## 2.5 EL CONTENIDO SUBJETIVO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO UN DERECHO ¿EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES?

La CE, siguiendo una tendencia fuertemente arraigada en el constitucionalismo democrático, establece como parámetros de la titularidad del derecho de participación la *nacionalidad y ciudadanía*. Herencia decimonónica basada en la atribución de la soberanía a un ente colectivo – la Nación–, la nacionalidad<sup>234</sup> es el vínculo jurídico-político que sigue condicionando en gran medida el disfrute de los derechos de participación a la pertenencia del individuo al colectivo nacional soberano<sup>235</sup>. Esta situación contrasta con la tendencia consolidada en el ámbito internacional de ampliación de derechos civiles, sociales y laborales a los extranjeros. La exclusión del extranjero es la última barrera que separa al hombre del ciudadano como sujeto titular de plenos derechos políticos<sup>236</sup>. Una circunstancia que se acentúa en el caso del derecho de sufragio a excepción hecha del ámbito municipal<sup>237</sup>. (SANTOLAYA, 2008, p. 13)

---

<sup>234</sup>MORAES (2012, p. 217) define la nacionalidad de la siguiente forma: “Nacionalidad es el vínculo jurídico político que liga un individuo a un cierto y determinado Estado, haciendo de este individuo un componente del pueblo, de la dimensión personal de este Estado, capacitándolo para exigir su protección y sujetándolo al cumplimiento de deberes impuestos”.

<sup>235</sup> “Casos paradigmáticos y llamativos de exclusión del derecho de participación por los extranjeros son los de Alemania e Italia. En el caso alemán, el art. 20.2 LFB establece que «Todo poder del Estado emana del pueblo», el art. 116 que define que el pueblo alemán es el conjunto de los alemanes, el Preámbulo constitucional referido a «los alemanes» y al pueblo «alemán» y el art. 28.1 que establece que «el orden constitucional de los Lander deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Lander, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales» tiene por resultado la exclusión absoluta del derecho de sufragio en la conformación de las instituciones representativas del modelo de Estado alemán a todo aquel que no posea la nacionalidad alemana. En el caso italiano, el art. 48 reserva cualquier tipo de sufragio a los ciudadanos”. (SANTOLAYA, 2007, pp. 16-20)

<sup>236</sup> “Los derechos fundamentales se escinden y dividen en función de la distinción entre hombre y ciudadano. Es decir, los derechos del hombre son comunes al extranjero y al ciudadano y sin embargo no todos los derechos del ciudadano corresponden por igual al extranjero. Entre el hombre y el ciudadano existe una cicatriz: el extranjero. En efecto, todos los ordenamientos jurídicos constitucionales estatales comienzan por una distinción entre dos categorías de derechos, equiparable a la distinción entre hombre y ciudadano. Ante todo, en cualquier Constitución de origen democrático, se reconocen los derechos humanos, los derechos del hombre, que son derechos universales y que la Constitución confiere no sólo a los ciudadanos, sino a todos los seres humanos a los que es aplicable dicho sistema. Junto a ellos, se encuentran los derechos fundamentales no universales, que se reservan sólo al que reúne la condición de ciudadano, titular a su vez de la soberanía del Estado. Los derechos políticos constituyen un claro ejemplo de atribución exclusiva a los ciudadanos”. (MASSÓ GARROTE, 1997, p. 20)

<sup>237</sup> “Uno de los motivos tradicionales de exclusión de los extranjeros ha sido el temor al menoscabo que podría sufrir la soberanía nacional con la intervención, en la formación de las decisiones políticas, de los nacionales de otro país. En la actualidad no se ha conseguido superar esta prevención y – salvo algunos casos como Chile, Uruguay, Nueva Zelanda y Ecuador – la abstracción de la condición de extranjero se ha admitido, a lo sumo, en las elecciones locales, precisamente por entender que en ellas no se adopta una

El artículo 13.2 CE contiene una limitación respecto de la titularidad del derecho de participación<sup>238</sup>. Con carácter general, solamente los españoles serán titulares del mismo<sup>239</sup>. Ser nacional es *conditio sine qua non* para el disfrute en condiciones de plenitud del derecho de participación. Pero no es condición suficiente. Aparte de ser nacional es preciso ostentar la condición de ciudadano. El derecho de participación es un derecho *exclusivamente* atribuido a los ciudadanos. En palabras de Pérez Royo (2010, p. 371) “Es el único derecho exclusivamente ciudadano que existe en la Constitución. Más todavía: es el derecho constitutivo de la ciudadanía”. Un derecho reconocido exclusivamente a las personas físicas y que, por su propia naturaleza, no es susceptible de atribución a las personas jurídicas.

En nuestro marco constitucional vigente los extranjeros pueden ser titulares del derecho de sufragio solamente en el ámbito local. Los ámbitos autonómico y general están excluidos por afectar, en palabras del TC, a órganos “que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía”<sup>240</sup>. De forma ambigua, el propio Tribunal posibilita una *futurible* extensión de los derechos de participación a otros niveles, que podría salvarse mediante una interpretación evolutiva si las circunstancias socio-políticas así lo hicieren conveniente.

---

decisión que tenga que ver con el ejercicio de las funciones soberanas, reservadas a los nacionales. Determinados estados van algo más allá al permitir la participación de los extranjeros en elecciones de ámbito regional”. (PRESNO LINERA, 2011, p. 90)

<sup>238</sup> Art. 13.2 CE. 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.

<sup>239</sup>La definición de la nacionalidad es materia hoy día desconstitucionalizada. Nuestra CE no define quienes son los españoles y el art. 11 realiza una remisión a la ley en lo relativo a su adquisición, ejercicio y pérdida explicitando únicamente que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. Una segunda cuestión a tener en cuenta es la no diferenciación entre españoles de origen y naturalizados a excepción de la realizada en el párrafo precedente. Lo cual se traduce en la absoluta igualdad de derechos entre ambos.

<sup>240</sup> La Declaración de 1 de Julio de 1992 del TC (FJ 3º C) afirma: “Tampoco la proclamación inscrita en el art. 1.2 de la Constitución [soberanía nacional] queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a un determinado círculo o categoría de extranjeros. Sin entrar en otras consideraciones, ahora ociosas, sea suficiente advertir, para fundamentar lo dicho, que la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran de aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía. No tendría sentido alguno, como es obvio, formular ahora juicios hipotéticos, de modo que basta con advertir que ese no es el caso de los municipios, para descartar toda duda sobre la constitucionalidad, en cuanto a este extremo, de lo prevenido en la estipulación aquí examinada”.

A la ambigüedad de la declaración han de añadirse las severas dificultades jurídicas, políticas y culturales que una posible ampliación del derecho de sufragio a los extranjeros a los ámbitos autonómicos y general tendría que salvar por estar implicada la propia noción de soberanía nacional. Habría que comenzar por el procedimiento agravado del art. 168 que nuestra CE aplica a los arts. 1.2 y 23 CE; Otra complejidad, de naturaleza esencialmente política y no menor sería el hallar una redacción adecuada al art. 1.2 CE que, como es bien sabido, involucra a la soberanía nacional y al origen de los poderes del Estado.

A tales dificultades jurídico-políticas hay que sumar la aversión tan arraigada que nuestra experiencia constitucional siente hacia el uso del mecanismo de la reforma y revisión constitucionales<sup>241</sup>.

Las “ilustres” excepciones a este régimen general de exclusión tienen origen en la sujeción de España a instancias jurídicas comunitarias, que otorga la titularidad del derecho de sufragio en su doble vertiente a los extranjeros comunitarios residentes en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo. Un derecho de sufragio sometido al principio de *reciprocidad* tanto para los comunitarios como para los no comunitarios<sup>242</sup>. Su concesión al extranjero está, pues, condicionada a lo propio en el lugar de residencia del ciudadano nacional<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> En este sentido, Revenga Sánchez (2007, p. 85) afirma: “A la Constitución de 1978 le sucede que, en lugar de acrecentar su solidez como consecuencia de su capacidad para continuar dando pautas de cara a la resolución de los conflictos jurídicos y sociales, experimenta una debilitación de su fuerza normativa como consecuencia del paso del tiempo. Se trata de un rasgo de nuestra experiencia política que tiene mucho que ver con las características de un consenso que fue funcional para culminar una transición en un plazo razonable de tiempo, pero que no fue lo suficientemente profundo como para remediar nuestro déficit crónico de cultura constitucional. Las consecuencias las vemos ahora, cuando descubrimos lo difícil que resulta superar lo que es quizá la prueba decisiva de la normalidad constitucional: la capacidad de reformar la Constitución sin hacer de ello una cuestión banal, pero sin que la reforma sea tampoco ocasión de traumas o desacuerdos invencibles. La poca costumbre de plantear la reforma como un argumento más del discurso político relacionado con ciertos temas puntuales, y la convicción generalizada de que nuestra Constitución es de una rigidez extrema, hace que cada vez esté más extendido una especie de fatalismo que poco más o menos viene a decir: sabemos que esta o aquella estipulación se escribieron hace treinta años, con un horizonte de problemas que poco o nada se parecen a los que tenemos hoy, pero más vale que nos arreglemos así, porque la alternativa es abrir unas puertas que nadie sabe hacia dónde conducen”.

<sup>242</sup> La reciprocidad es la respuesta del constituyente a la coyuntura de España como país netamente emigrante en la década de los 80 y tiene por objeto la protección de los derechos del español en el extranjero en el sentido del art. 42 CE. Sobre el contenido de la reciprocidad, Santolaya (2008, p. 15) afirma: “En cuanto a su alcance, creemos que hay que entender por reciprocidad similitud en los elementos esenciales de la regulación del ejercicio de sufragio, lo que exige, en primer lugar, que efectivamente el país de que se trate celebre elecciones periódicas locales por sufragio universal directo, que sean reconocidas internacionalmente como libres y justas y que las condiciones impuestas a los

La reciprocidad presenta una particularidad que no es otra que su atípica naturaleza en materia de derechos fundamentales y, con alguna excepción, del derecho de sufragio. Lo realmente determinante es constituir una severa limitación a la titularidad de derechos políticos por los extranjeros no comunitarios. El art. 13.2 CE sigue representando un complejo escollo para la normalización de los derechos políticos de los extranjeros en España, especialmente en el caso de los no comunitarios. Los condicionantes de reciprocidad y la firma de Tratado o ley para la atribución de derechos políticos exclusivamente en el ámbito local hablan por sí solos del grado de confusión constitucional que existe hoy día a respecto de los derechos políticos de los extranjeros. (SÁNCHEZ REVENGA, 2007, pp. 85-6)

La realidad aquí descrita obliga a cuestionarnos la procedencia del diseño constitucional en materia de sufragio de los extranjeros y, correlativamente, si la construcción dogmática del derecho de participación sigue siendo válida hoy día<sup>244</sup>.

La negativa de atribuir la titularidad de derechos políticos a los extranjeros se ha justificado durante décadas mediante el siguiente *silogismo* jurídico: dado que los derechos políticos representan la concreción y materialización del principio de soberanía popular, tan solo aquellos que formen parte del ente “pueblo” pueden ser titulares de tales derechos. El Estado constitucional de corte liberal concebido en las fronteras del s. XIX se apoyaba en la creación de un doble vínculo con los nacionales que ocupaban su territorio. Primeramente el de sujeto, en el sentido de aceptar la coacción como elemento diferencial del Estado. En segundo lugar el de ciudadano, como agente activo que participa de la conformación de la voluntad de aquel. Los conceptos de nacionalidad y ciudadanía pasaron a ser paradigmas del reconocimiento y titularidad plena de los derechos políticos. Consecuentemente se estableció *una*

---

españoles para participar en ellas como electores o para ser candidatos sean equivalentes, en sus elementos esenciales, a las que nosotros exijamos a los nacionales de ese país”. En sentido similar, cf. Aja y Moya, 2005, p. 75.

<sup>243</sup> Una reciprocidad que, como afirma Santolaya (2008, p. 18) en el caso español tan solo es admitida, a excepción hecha de los ciudadanos comunitarios, para los ciudadanos noruegos y limitada al sufragio activo en las elecciones locales. Para un estudio en profundidad del principio de reciprocidad en la CE 1978, vid. Aja y Moya 2005, pp. 71-81.

<sup>244</sup>“La cuestión del derecho de sufragio da las personas que residen en un determinado país sin ser ciudadanos del mismo – esto es: de los inmigrantes – constituye un problema que, sin ser estrictamente novedoso [...] ciertamente ha concitado en los últimos años una atención cada vez mayor por parte de la opinión pública, de la clase política, de los juristas y de los analistas políticos, como consecuencia – de un lado – de la intensificación de los ciclos migratorios, - de otro – de la voluntad de los poderes públicos de intensificar su integración social, y –finalmente- del afianzamiento de condiciones cada vez más ambiciosas y exigentes de democracia”. (FLORES JUBERÍAS; TENT ALONSO, 2010, p. 161)

*diferenciación cualitativa de los denominados ciudadanos* respecto de los extranjeros basada en la nacionalidad. Una realidad prácticamente inalterada a excepción hecha de Gran Bretaña y Nueva Zelanda.

Sin ánimo alguno de agotar el tema, ha de cuestionarse severamente que esta construcción jurídica sea hoy día sustentable ante las transformaciones sociales habidas en las últimas décadas motivadas en buena medida por el surgimiento de la globalización y los consecuentes flujos migratorios humanos. Unas transformaciones con indubitada influencia en la *morfología* del Estado nacional clásico y la producción del derecho<sup>245</sup>. El derecho de participación no ha sido capaz todavía de despojarse de la noción de ciudadanía (SANTOLAYA, 2007, p. 13).

Los derechos políticos, de origen revolucionario, fueron configurados como *derechos de minorías* en el Estado liberal decimonónico. Solo los ciudadanos varones propietarios eran titulares de derechos políticos<sup>246</sup>. Esta situación de exclusión sólo se fue quebrando como consecuencia de intensas luchas políticas durante los s. XIX y XX<sup>247</sup>. Primeramente fueron reconocidos los derechos de reunión y asociación en la segunda mitad del s.XIX. El derecho de sufragio dejó de tener naturaleza censitaria para pasar a ser universal con el advenimiento del constitucionalismo de post-guerra y la consecuente transformación del Estado liberal en democrático. Este *status quo* de

---

<sup>245</sup> En este sentido, Sousa Santos (2010, p. 116) dice así: “[...] Continuamos analizando los procesos de transformación social de fines del siglo XX recurriendo a cuadros conceptuales desenvueltos en el siglo XIX y adecuados a los procesos sociales entonces en curso. En segundo lugar, el Estado-Nación continúa predominando en cuanto unidad de análisis y soporte lógico de investigación, lo que nos impide captar científicamente la lógica propia y la autonomía creciente, tanto de las estructuras y los procesos locales típicos de unidades de análisis más pequeñas (la lógica infra-estatal) cuanto de los movimientos globales, al nivel de sistema mundial (la lógica supra-estatal). En sentido similar *vid.*, por todos, Bauman, 1999, pp. 63-84.

<sup>246</sup> “La gran Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que inició el proceso de la Revolución francesa, fundamentó la distinción moderna entre ciudadano y persona, basada en la igualdad de los derechos civiles y la diferenciación de los derechos políticos; mientras al extranjero se le aplican las mismas leyes penales y se le permite contratar y adquirir bienes, se le excluye de los derechos políticos. Hombre y ciudadano se distinguen porque la mayoría de los derechos se atribuyen a todos los hombres, pero los derechos políticos del artículo 6(participación en la elaboración de la ley y acceso a cargos públicos) solo al ciudadano”. (AJA; MOYA, 2005, p.66.)

<sup>247</sup> En este sentido, Presno Linera (2011, p. 89) afirma: “Suele creerse que la historia del derecho de sufragio consiste en una constante e imparable extensión, pero lo cierto es que está jalonada por avances y retrocesos, por inclusiones y exclusiones. Estados Unidos constituye un buen ejemplo, pues aunque en los siglos XIX y XX se añadieron tres enmiendas para extender el sufragio a distintas categorías de nacionales (la Enmienda XV, en 1870, para garantizar el voto de los negros; la Enmienda XIX, en 1920, para el sufragio de las mujeres, y la Enmienda XXVI, en 1971, para el voto de los nacionales de 18 años), en el caso de los extranjeros, su derecho al sufragio fue reconocido en las constituciones de numerosos estados durante décadas, pero desapareció en 1926, año en el que se cambió la Constitución de Arkansas, el último estado en abolir ese derecho, todo ello con el aval del Tribunal Supremo”.



exclusión del extranjero tiene reflejo igual e incomprensiblemente en la normativa comunitaria actual.

El artículo 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos admite la posibilidad de que los Estados establezcan restricciones a la actividad política de los extranjeros<sup>248</sup>. Excluyendo a los países nórdicos (Suecia, Finlandia y Noruega) y Suiza, la tendencia comunitaria es la limitación de la participación política de los extranjeros no comunitarios a las elecciones locales mediante el principio de reciprocidad. La exclusión se fundamenta en que una ampliación del derecho de sufragio a los extranjeros cuestionaría el modelo teórico del Estado liberal-democrático: la soberanía nacional o popular (AJA; MOYA, 2005, p. 68).

En sociedades en profunda transformación como las actuales, *sociedades líquidas* en la feliz expresión de Bauman, resulta forzado mantener la configuración jurídica de la ciudadanía como categoría dicotómica condicionante de la titularidad de derechos políticos<sup>249</sup>. Uno de los grandes cambios experimentados en las últimas décadas es la *transformación morfológica del Estado*. Este ya no responde a su concepción *mítica* de ente unitario, *monocultural* y excluyente<sup>250</sup>. Hoy día nos encontramos ante un Estado plural, complejo, diverso en lo político y lo social. Un estado *polimórfico*<sup>251</sup>. Este cambio radical y muy posiblemente definitivo precisa el repensar los parámetros jurídicos configuradores de la titularidad de derechos políticos. De la exclusión ha de pasarse a la *inclusión y transformación del estatuto jurídico* de los extranjeros como titulares plenos de derechos políticos.

---

<sup>248</sup> Artículo 16 CEDH. Restricciones a la actividad política de los extranjeros. Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

<sup>249</sup> Cf. Bauman, 2001, pp.193-231.

<sup>250</sup> Sobre las profundas transformaciones experimentadas por el *pueblo* que componen los Estados, Santoro (2011, p. 78) afirma: “Hoy el “pueblo” soberano asumió una connotación nueva, muy diferente de aquella postulada por las teorías liberal-democráticas de la segunda mitad del siglo pasado. Ya no es más la comunidad de historia y de destino caracterizado por la confrontación. el choque y la recomposición de las diferencias de clase, como fue entre los siglos XIX y XX. Se pasó, en el periodo de algunas décadas, de una sociedad relativamente homogénea en el plano cultural, [...], a una sociedad plural. El “pueblo” hoy es, sobre todo y en primer lugar, la suma de los particularismos, de las diversidades culturales, de las comunidades, de las etnias, de las religiones: un lugar constantemente en tensión entre la seguridad de los confines y la integración de nuevos ánimos, de diversas identidades, de fuertes flujos migratorios, de heterogéneos factores de segmentación”.

<sup>251</sup> Sobre las transformaciones socio-políticas acontecidas en el Estado Nación, cf. Giddens, 2005, pp. 143 y ss.

Las categorías jurídicas aquí analizadas reproducen un concepto de ciudadanía que no responde a las profundas transformaciones sociales de las últimas décadas. Mutaciones que por su incidencia social deben abrir nuevos cauces jurídicos a la inclusión de los extranjeros residentes como titulares plenos de derechos políticos. De la homogeneidad social de origen materializada en la nacionalidad se ha de pasar a un paradigma de ciudadanía que prime la homogeneidad jurídica del componente humano de una comunidad política, es decir, la universalidad de derechos y el avance en la igualdad de oportunidades.

Todos los jurídicamente obligados por el Estado han de tener igualmente derecho a participar activamente en la formación de la voluntad estatal. El requisito previo ha de ser la residencia estable de conformidad con la ley. No cabe seguir diferenciando entre súbditos y ciudadanos dentro del pueblo; entre aquellos, los nacionales, merecedores del derecho de participación *amplio sensu* en un Estado verdaderamente democrático y aquellos que no lo son, los extranjeros<sup>252</sup>. (PRESNO LINERA, 2003, p. 100; SANTOLAYA, 2008, p. 18)

Si la democracia se basa en la capacidad de la sociedad de autogobernarse reflexiva e inclusivamente, no cabe mantener por más tiempo modelos jurídicos que se afirman democráticos y que continúan reservando el ejercicio de la democracia a los nacionales. El *demos* decisorio debe transformarse en retrato creíble de la sociedad destinataria de las normas si queremos seguir definiendo nuestra sociedad como democrática. La “*vis expansiva*” del principio democrático y la evidente transformación de la sociedad española en los últimos años en un país netamente receptor de inmigración justifican dos mudanzas de paradigmas<sup>253</sup>. En primer lugar, la necesidad

---

<sup>252</sup> En este sentido, Bastida Freijedo (2008, pp.17-8) afirma: “El reconocimiento a los extranjeros residentes del derecho de sufragio en las elecciones locales es un avance en la ciudadanía, pero su no extensión a elecciones autonómicas y generales, en razón de la sagrada soberanía nacional, es la consolidación de una idea de nacionalidad apegada a aquel patrón [estatal-nacional] y ajena al principio democrático. Para aparentar que se abandona este patrón, o simplemente para sostener que es compatible con la integración del inmigrante extranjero, se acaba afirmando, cambiando el dicho, que el perfecto huésped es el que hace que el anfitrión se sienta como en su casa. En términos jurídicos significa que la adquisición de la nacionalidad por residencia se condiciona a la previa acreditación de un suficiente grado de integración en la sociedad, su cultura y su estilo de vida. Sin embargo, el principio democrático comporta un cambio de patrón y, siguiendo el símil, obliga al anfitrión a que, después de un tiempo viviendo con el huésped bajo el mismo techo legal y sosteniendo ambos por igual las cargas de la hacienda, acepte que éste participe en las decisiones comunes, como un anfitrión más, sin renunciar a su estilo de vida siempre que no contradiga la Constitución”.

<sup>253</sup> El número de extranjeros en España asciende a 5.252.473 según datos del INE a 1 de Noviembre de 2011 (datos correspondientes a la década 2001-2011) disponible en

de cambiar la nacionalidad por la residencia estable como criterio de atribución de la ciudadanía. En segundo lugar, la eliminación de la reciprocidad en beneficio de la integración social y política plena del inmigrante en nuestra sociedad.

La categoría que ha de prevalecer no es la de pueblo del que emanan los poderes del Estado, sino la del pueblo que participa en los poderes del Estado. La delimitación de tal pueblo debe ser la del sometimiento al ordenamiento jurídico que forma el Estado, superando consideraciones geográficas, históricas o étnicas (PRESNO LINERA, 2003, pp. 100-1).

La soberanía nacional ha de ser concebida como criterio de legitimación y validez de creación normativa, como cualidad del ordenamiento superando su entendimiento como sujeto colectivo *místico* y abstracto preexistente al ordenamiento. La idea de principio democrático aquí expuesta demanda la participación política plena de todos aquellos extranjeros sometidos al ordenamiento jurídico del Estado bajo el criterio de la residencia estable. La participación política es *conditio sine qua non* del núcleo de pertenencia y ligazón a una nueva comunidad política consciente y activa ante las profundas y presumiblemente irreversibles mutaciones sociales que precisan de una respuesta jurídica integradora.

## 2.6 LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.

Los derechos fundamentales son enunciados en tales términos de generalidad y abstracción en la CE que precisan en mayor o menor medida de la intervención del legislador democrático en dos esferas complementarias al objeto de maximizar su eficacia jurídica: la concreción de su contenido y la regulación de las condiciones de su ejercicio. Esta característica los convierte en derechos de configuración legal. A esta

---

[http://www.ine.es/censos2011\\_datos/cen11\\_datos\\_inicio.htm](http://www.ine.es/censos2011_datos/cen11_datos_inicio.htm) (acceso en 22/02/2013). Sobre la transformación de la sociedad española, Flores Juberías y Tent Alonso (2010, p. 165) afirman: “Aunque la inmigración en España no haya sido un fenómeno reciente – recuérdense los años en que los distintos países de Latinoamérica vivieron bajo fuertes dictaduras, y España se convirtió en uno de los destinos elegidos por quienes podían o se veían obligados a escapar de ellas – lo cierto es que el fenómeno se ha intensificado de manera excepcional en los últimos años. Solo en la presente década España ha pasado de ser un país de emigrantes a ser tierra de emigración – como bien menciona el “Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2007-2010)” -, pasando también de ser una sociedad relativamente homogénea a una sociedad sumamente heterogénea – con cultura, costumbres, lenguas y religiones distintas-”.

naturaleza y en mayor medida que otros derechos por su indudable proyección institucional responde el derecho de participación política. Un derecho cuyo ejercicio práctico requiere de un amplio entramado de normas legales que concreten y disciplinen su ejercicio. (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 107; REQUEJO PAGÉS, 2011, pp. 75-6)

Como ya ha habido ocasión de poner de manifiesto, el contenido del derecho de participación política excede la redacción del art. 23.1 CE. Los arts. 68.1, 69.2 y 140 CE aluden al derecho de sufragio mediante el cual se conforman las instituciones representativas características del Estado español. El artículo 87.3 reconoce la ILP como modalidad de participación semidirecta. Y los artículos 92.3, 151.2.4º, 167 y 168 reconocen el derecho de sufragio relativo a la participación directa a través del referéndum. Una regulación constitucional que se completa con la remisión específica que el art. 81.1 CE hace respecto del régimen electoral general.

Ha de recordarse que la naturaleza de derecho fundamental del art. 23.1 CE conlleva la exigencia de ley orgánica en lo referente al «desarrollo directo» y los «aspectos constitucionales» que incidan sobre la participación política. Una cuestión que obviamente afecta a la normativa electoral. Esta afirmación generalista e imprecisa obliga a plantearse una pregunta inmediata: ¿Qué ha de entenderse por contenido mínimo de la ley electoral? Una interrogante que fue abordada en sede jurisprudencial en la STC 72/84, (FJ4º). El contenido mínimo que define a la ley como electoral, dijo el TC, es aquel que hace referencia al núcleo central de la normativa referida al proceso electoral. Ello comprende lo referente a la titularidad, condiciones, temporalidad, organización procedimental y territorial del derecho de sufragio activo y pasivo por medio de representantes.

Otra de las dudas planteadas es la procedencia de una única Ley para los diferentes procesos electorales representativos atendiendo a la pretendida identidad conceptual entre «régimen electoral general» y el proceso electoral regulado en los arts. 67 a 70 CE para las elecciones generales. En este sentido, el Alto Tribunal, en la Sentencia 38/83, (FJ2º) dijo que la interpretación conjunta de los arts. 23.1, 68.1 y 140 CE permite, por la exigencia del art. 23.1 CE y la precisión del art. 81.1 en relación a los artículos 68.1 y 140, entender que la regulación de las diversas modalidades electorales representativas ha de ser en su núcleo elemental por Ley orgánica. Concretamente, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral

General (en adelante, LOREG). El contenido de la misma rebasará el desarrollo del art. 23.1 al incluir lo que resulte primario y nuclear en el régimen electoral<sup>254</sup>.

En definitiva, el desarrollo de la participación política por medio de representantes se da principalmente en la LOREG. Su objetivo esencial es el logro de una regulación del derecho de sufragio que permita la conformación libre y voluntaria de las instancias representativas que conforman la estructura territorial del Estado español, a saber: las elecciones generales, las elecciones locales y las elecciones al Parlamento Europeo. Resulta llamativa la ausencia en el artículo 1 de las elecciones autonómicas por la confluencia de dos motivos. No hay duda que el ámbito electoral autonómico forma parte de la voz “por medio de representantes” del art. 23.1 CE. En segundo lugar, la presencia de numerosos elementos en estos comicios, que forman parte de lo que el TC entiende como reserva de Ley Orgánica □ la condición de elector, tipología de sufragio, temporalidad, número de escaños a cubrir □ , justificaría *per se* la existencia de ley orgánica reguladora.

La existencia de estas singularidades no tiene por objeto incumplir el mandato constituyente de reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, sino permitir la puesta en práctica de otro principio estructural que resulta esencial en atención al modelo

---

<sup>254</sup> La STC 38/1983 afirma, en su FJ 2º que: “Para los recurrentes la expresión «régimen electoral general» que utiliza el art. 81.1 de la [C.E.](#) para acotar, con otros objetos, la materia reservada a la [Ley Orgánica](#), comprende, tan sólo, el régimen jurídico de las elecciones para designar a los parlamentarios que han de componer el Congreso y el Senado, de modo que así entendida la indicada expresión, es la [Ley que](#) ha de desarrollar lo previsto en los arts. 67 al 70 de la [Constitución](#), la que tendrá el carácter de orgánica, más no la que en el marco constitucional del art. 140 regule lo que es básico o fundamental en las elecciones locales. Sin embargo, esto no es así, porque si bien -en un primer análisis- la expresión «régimen electoral general» puede suscitar la duda, pronto se despeja, si la interpretación se la hace arrancar de los arts. 140, 68.1 y 23.1 de la [Constitución](#). Y es que el art. 140 (al igual que el art. 68.1) reserva a la Ley el régimen de las elecciones locales, en los aspectos que dice, [Ley que](#) por la misma exigencia del art. 23.1, y la precisión que hace el art. 81.1 entendido en relación con los arts. 68.1 y 140, ha de ser una [Ley Orgánica](#). Se reserva así a la Ley -a [Ley Orgánica](#)- el régimen electoral general, tanto de las elecciones que tienen en los arts. 67 al 70 sus líneas constitucionales como de las elecciones que las tienen en el art. 140. El contenido de la [Ley Orgánica](#) no se ciñe así al solo desarrollo del art. 23.1, sino que es más amplio, comprendiendo lo que es primario y nuclear en el régimen electoral, pues el art. 81 ha comprendido en la reserva de la [Ley Orgánica](#) el régimen electoral general, ampliando lo que en virtud de otra reserva (la del desarrollo de los derechos fundamentales), corresponde también a la [Ley Orgánica](#). También es de observar la improcedencia de la pretendida equiparación de las expresiones «régimen electoral general» con «elecciones generales», contraponiendo a su vez estas últimas a las «elecciones locales», para inferir de ello que el texto impugnado en este recurso, al contraerse a la materia citada en último lugar nunca puede revestir el carácter de [Ley Orgánica](#), por hallarse el mismo reservado al régimen electoral general, según quedó ya reflejado, y ello en consideración a que el adjetivo «general» no está referido tanto a las elecciones, cuanto al régimen electoral. En este mismo aspecto cabe referirse a que cuando la [C.E.](#) alude a la celebración de elecciones generales en su art. 101 no hace más que aludir -con una específica finalidad- a un aspecto o particularidad del régimen electoral general y, por lo tanto, no siendo nunca permisible entender ambas expresiones como una sola”.

territorial establecido constitucionalmente: el principio de autonomía política. Un principio que por su propia naturaleza exige que el desarrollo legal que afecte al régimen electoral propio se lleve a cabo por las instituciones investidas de tal autonomía. En base a nuestro sistema de fuentes, la ley ha de ser ordinaria al no disponer las CCAA de la competencia para dictar leyes orgánicas. Se trata de una excepción admitida por previsión constitucional.

Las diversas modalidades de participación política directa prevista en el texto constitucional, los arts. 87.3 para la ILP y los arts. 92.3, 151.2º, apartados 3 y 5 y arts. 167 y 168 CE para las diversas modalidades de referéndums, han sido igualmente objeto de “desarrollo” por el legislador orgánico. Baste aquí decir que la ILP ha sido *desarrollada* a través de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, Reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular. El otro mecanismo de participación directa consagrado en el texto constitucional, el Referéndum, ha sido igualmente *desarrollado* por la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de Enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum, teniendo por objeto la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio para tanto y de acuerdo a las previsiones de la LOREG que le sean de aplicación y no resulten contrarias a esta ley. El análisis de su contenido, la denuncia de sus carencias y la propuesta de reformas en pro de una mayor eficiencia es el objeto principal del próximo capítulo.

## 2.7 LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CF: EL ART. 14.

El art. 14 CF presenta la siguiente redacción literal:

A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I. plebiscito; II. referendo; III. iniciativa popular.

Este dispositivo constitucional contiene los elementos jurídicos formales que caracterizan a una democracia participativa: la soberanía popular, el derecho de sufragio y sus garantías – universal, directo, secreto e igual – y los instrumentos de participación directa y semidirecta: el plebiscito, el referendo y la iniciativa popular<sup>255</sup>. Los derechos

<sup>255</sup> “La democracia, en verdad, reposa sobre *dos principios fundamentales o primarios*, que le dan esencia conceptual: (a) el de la *soberanía popular*, según el cual *el pueblo es la única fuente de poder*, que se

políticos del art. 14 CF tienen por *prima ratio* permitir y garantizar el ejercicio de la soberanía popular. Entre la Constitución y los derechos políticos existe, pues, una fuerte relación de interdependencia: es por la intermediación de estos derechos que la Constitución podrá cumplir la función de concretar el régimen democrático (GUEDES, 2013, p. 657)

El art. 14 es, efectivamente, la clave de bóveda de un sistema político sustentado en dos pilares complementarios: el representativo, único con un funcionamiento normal desde la entrada en vigor de la Norma Fundamental; el directo. Uno y otro están previstos expresamente en el art. 1º del Estatuto Fundamental de la República Federativa de Brasil. (BONAVIDES, 2008, p. 117)

El grado de apertura democrática del Estado depende en última instancia de las posibilidades de inserción e interacción de la ciudadana en y con las instancias de poder estatales respectivamente. La ciudadanía, titular último de la soberanía popular, es la piedra angular de la construcción de una sociedad libre, justa e igualitaria. Es decir, verdaderamente democrática. La consecución de esos valores, *última ratio* del texto constitucional, precisa de la interacción equilibrada entre la representación y la participación popular a través de los instrumentos jurídicos a tal efecto instituidos. (PORTINHO DIAS, 2001, p. 205)

El derecho de sufragio es expresión material del principio democrático. Un mecanismo con una doble dimensión: activa, a través del cual la ciudadanía ostenta la titularidad del derecho a elegir el cuerpo de representantes temporalmente legitimados para el ejercicio del poder; pasiva, mediante la cual el ciudadano ejerce el derecho a acceder a los mandatos electivos. Reconocer y garantizar este derecho posibilita a los ciudadanos condicionar el funcionamiento del Estado, adecuando la voluntad general a la voluntad estatal. Para tanto, el sufragio ha de ejercerse en condiciones de igualdad, con carácter secreto y de forma directa. (SARLET; ALMAGRO CASTRO, 2013, p. 408)

---

explica por la regla de que *todo el poder emana del pueblo*; (b) *la participación, directa e indirecta, del pueblo en el poder*, para que este sea efectiva expresión de la *voluntad popular*; en los casos en que la participación es indirecta, surge un principio derivado o secundario: *el de la representación*". (SILVA, 2005, p. 131). En sentido similar, cf. Portinho Dias, 2001, p. 223.

El contenido del derecho de sufragio va más allá de la elección de los representantes.<sup>256</sup> El constituyente brasileño concibió un modelo democrático mixto en el que la ciudadanía ejerce directamente el poder: el plebiscito y el referendo. Cierra el círculo de la participación un instituto de democracia semidirecta: la iniciativa popular. La CF, conocida como *Carta Cidadá*, tenía entre sus objetivos principales hacer del ciudadano algo más que un simple elector, permitiéndole participar y controlar la actividad estatal. (PORTINHO DIAS, 2001, p. 226)

La CF sitúa los derechos fundamentales en el *Título II - Dos direitos e garantias fundamentais* - tras el Preámbulo y los Principios fundamentales. Su ubicación responde a necesidades de coherencia sistemática por ser categoría hermenéutica y axiológica referencial del ordenamiento jurídico en su conjunto (SARLET, 2011, p. 66). En esta cuestión el constituyente brasileño se hizo eco del constitucionalismo europeo de la II post-guerra y siguió las pautas de las constituciones que mayor influencia ejercieron en ella: la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la Constitución Italiana de 1947, la portuguesa de 1976 y en menor medida la española de 1978.<sup>257</sup>

El régimen jurídico de los derechos fundamentales en la CF de 1988 se encuentra regulado en sus características básicas en el art. 5º, § 1º, cuya redacción literal es la siguiente:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

El art. 5º, § 1º de la CF no realiza mención expresa de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales limitándose a proclamar su inmediata aplicabilidad. Esta omisión precisa algunas puntualizaciones. La primera es obvia: la

---

<sup>256</sup> “En la democracia constitucional los derechos políticos cumplen, pues, una función que los convierte en fundamentales: materializar el principio de soberanía popular y por extensión realizar el principio democrático a través, principalmente, del derecho de sufragio activo. Un derecho de sufragio activo que si bien es el más elemental de los derechos políticos propios de todo sistema democrático no agota el contenido de los mismos. Las demandas participativas de la ciudadanía en las diversas esferas de la sociedad pos-moderna – política, económica, social y cultural – han tenido reflejo en la esfera constitucional mediante la ampliación del contenido de los derechos políticos”. (SARLET; ALMAGRO CASTRO, 2013, p. 385)

<sup>257</sup> En este sentido, Cunha Junior (2011, p.656) dice así: “Nuestra Constitución, de esa forma, alienándose con el modelo ya consagrado en otras Constituciones, como la Ley Fundamental de Alemania, de 23 de Mayo de 1949 ( art. 1º, nº3), la Constitución de Portugal, de 2 de abril de 1976( art.18º, n.1) y la Constitución de España, de 29 de diciembre de 1978(art.53, nº1), y sobre la inspiración de ellas, acogió en su texto el principio de aplicabilidad inmediata de las normas definidoras de derechos fundamentales”.



falta de mención expresa no conlleva la no sujeción de los poderes públicos a los derechos fundamentales<sup>258</sup>. En el derecho constitucional brasileño el postulado de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales ha de ser entendido como *mandatos de optimización* que vinculan a los poderes públicos, de forma que cualquiera de sus actos debe estar orientado al otorgamiento de la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales (SARLET, 2011, p. 366).

En línea similar se pronuncia Gonet Branco, para quien el significado esencial de la cláusula del art. 5º, § 1º de la CF no es otro que el de resaltar que las normas que contienen derechos fundamentales tienen carácter preceptivo y no meramente programático (GONET BRANCO, 2011, p. 174). Los derechos fundamentales, es bien sabido, se hallan a su vez fundamentados en la Constitución y no en la ley. Una circunstancia que conlleva la sumisión de esta última a los derechos fundamentales<sup>259</sup>.

Con igual rotundidad se expresan Dimoulis y Martins, para quienes el § 1º del art. 5º, que contiene los derechos fundamentales, no son meras declaraciones programáticas o programas de acción del poder público y, por tanto, no han de ser consideradas normas de eficacia limitada o diferida. Las normas que contienen derechos y garantías fundamentales son auténticos preceptos normativos que vinculan al Estado de forma directa e inmediata. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, pp.96-7)

Puede afirmarse sin lugar a equívocos que la redacción del art. 5º, § 1º es límite a la libertad configurativa del legislador en materia de protección de derechos fundamentales. No puede haber duda alguna que los derechos fundamentales cumplen en el derecho constitucional brasileño limitación efectiva del poder legislativo (SARLET, 2011, p. 367). Este punto de partida irrenunciable precisa de ciertos matices explicativos sobre el alcance del art. 5º, § 1º. Y es que la afirmación de la eficacia

---

<sup>258</sup>Dimoulis y Martins (2011, p. 96), refiriéndose a la vinculación de los poderes públicos al art. 5º §1º afirman lo siguiente: “Esa norma prescribe, en primer lugar, que los derechos fundamentales vinculan a todas las autoridades del Estado, incluyendo al *Poder Legislativo*. Este último no puede restringir un derecho fundamental de forma no permitida por la propia Constitución, sobre el pretexto de tener la competencia y la legitimación democrática de crear normas generales y generalmente vinculantes”.

<sup>259</sup>Sobre la vinculatoriedad de la ley a la Constitución en materia de restricción de derechos fundamentales, el STF ([MS 23.452](#), Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 16-9-1999, Plenário, *DJ* de 12-5-2000.) dijo así: “**No hay**, en el sistema constitucional brasileño, derechos o deberes que se revistan **de carácter absoluto**, mismo porque razones de relevante interés público **legitiman**, aun **excepcionalmente**, la adopción por parte de los órganos estatales de medidas restrictivas de las libertades públicas, una vez **respetados** los términos de la propia Constitución”.

directa de los derechos fundamentales no conlleva *per se* la uniformidad gradual de los mismos.

La expresión normas “definidoras” de derechos utilizada por el constituyente en el art. 5º§ 1º repercute sobre el grado de eficacia directa de las diferentes *dimensiones o generaciones* de derechos fundamentales<sup>260</sup>. En lo que aquí interesa destacar, los derechos de primera dimensión – civiles y políticos – tienen un grado de “densidad normativa alta” y una menor dependencia directa de la intervención del legislador.

Ya vimos anteriormente, al analizar las cláusulas pétreas en el ordenamiento constitucional brasileño, que los derechos y garantías individuales forman parte de ese contenido indisponible para el poder de reforma constitucional. La especial posición de los derechos fundamentales en la arquitectura constitucional les hace acreedores de un deber de protección especial por la CF, so pena de poder ser objeto de alteraciones contrarias a su especial dignidad en el Estado democrático de Derecho. En lo que aquí interesa destacar, la condición de cláusula pétrea de los derechos políticos es una garantía adicional reforzada de su régimen jurídico. En opinión de Ingo Sarlet (2011, p. 421-2),

Esta especial protección de los derechos fundamentales es, sin duda, cualidad que los distingue de las demás normas constitucionales. La condición de “cláusula pétrea”, añadida al postulado de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales (art. 5º§ 1º de la CF), constituye justamente elemento caracterizador esencial de su fuerza jurídica en el orden constitucional patrio.

---

<sup>260</sup> El STF ([MS 22.164](#), Rel. Min. **Celso de Mello**, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.) se decantó por la expresión generaciones en los siguientes términos: “Mientras los derechos de primera generación ( derechos civiles y políticos) – que comprenden las libertades clásicas, negativas o formales – realzan el principio de libertad y los derechos de segunda generación ( derechos económicos, sociales y culturales) – que se identifican con las libertades positivas, reales o concretas – acentúan el principio de igualdad, los derechos de tercera generación, que materializan poderes de titularidad colectiva atribuidos genéricamente a todas las formaciones sociales, consagran el principio de solidaridad y constituyen un momento importante en el proceso de desarrollo, expansión y reconocimiento de los derechos humanos, caracterizados como valores fundamentales indisponibles por la nota de una esencial inagotabilidad”. En la doctrina, la dualidad de denominaciones responde a concepciones diversas del carácter acumulativo o confusamente substitutivo de los derechos fundamentales. Entre aquellos que abogan por el concepto dimensiones de derechos fundamentales, Ingo Sarlet, 2011, pp.45-57; Viera de Andrade, 2004, pp.15-37. En sentido contrario, Gonet Branco (2011, pp.155-6) aboga por el término generaciones en los siguientes términos: “La visión de los derechos fundamentales en términos de generaciones indica el carácter cumulativo de la evolución de esos derechos en el tiempo. No se debe dejar de situar todos los derechos en un contexto de unidad e indivisibilidad. Cada derecho de cada generación interactúa con las de las otras y, en ese proceso, se da la comprensión.”

En este concreto apartado, el de los límites al poder de reforma, ha de aplaudirse la concisión material del constituyente brasileño frente a la “esquizofrenia política” del mecanismo procedimental de la CE 1978. Como se vio, la CE 1978 permite la revisión del Título I, *topos* en el cual se encuentran situados los derechos fundamentales mediante el procedimiento reforzado de revisión del art. 168<sup>261</sup>. Sin embargo, sus requisitos formales son tan complejos que cabe calificarlo como una *clausula pétrea de facto*. Dicho en términos coloquiales: la redacción dada por el constituyente es tan compleja que supone poco menos que una «misión imposible».

La reserva de ley se encuentra presente en el art. 14 CF mediante la expresión *nos termos da lei*. Las categorías de reserva de ley que operan en la CF de 1988 son dos, a saber: a) La reserva de ley simple u ordinaria, materializada cuando la Constitución establece que el ejercicio del derecho se hará *na forma da lei* o en los *termos da lei* y; b) La reserva de ley cualificada o relativa, que para su efectividad precisa de la indicación de algún de los siguientes elementos: el tipo, la finalidad o medio de intervención autorizados (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146).

Es, por tanto, función del legislador democrático la regulación de los mecanismos de participación directa y semidirecta del art. 14 CF mediante ley ordinaria. Una regulación para la que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad y que se contiene en la Lei nº 9.709, de 18 de noviembre de 1998.

La evidente conexión entre la reserva de ley y las categorías del núcleo esencial y el principio de proporcionalidad, partes de la teoría de los “límites a los límites”, justifica realizar algunas puntualizaciones sobre el tratamiento que el constituyente brasileño le dio a las mismas<sup>262</sup>. La idea básica que permea ambas figuras

---

<sup>261</sup>El artículo 168 de la CE 1978, dentro del Título X “De la Reforma Constitucional” fue redactado en los siguientes términos: 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

<sup>262</sup> Calil de Freitas ( 2007, p. 185) refiere la función de la teoría de los “ límites a los límites” en los siguientes términos: “Los límites de los límites, ( schranken - schranken) de la terminología alemana, se constituyen pues, en requisitos constitucionalmente establecidos, tanto de carácter formal cuanto material, exigibles en lo relativo a todas las limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales y que deben

es la de evitar eventuales lesiones consecuencia de actuaciones desproporcionadas de los poderes públicos y esencialmente del legislador.

El contenido esencial hace referencia a aquella parcela del contenido de un derecho cuya violación implicaría la pérdida de la mínima eficacia inmanente a aquel, dejando de ser reconocible como derecho fundamental. La esencia de esta figura es reconocer la existencia de un contenido inviolable, de unas posiciones mínimas indisponibles tanto a las intervenciones de los poderes estatales cuanto a los particulares. (SARLET, 2011, p. 402)

Aun cuando pueda parecer extraño la CF de 1988 no recoge de manera expresa la figura del contenido esencial. La fijación de sus elementos básicos es función de la doctrina y la jurisprudencia. Ha de matizarse que, más allá de la laguna conceptual, no cabe dudar que el mismo está implícitamente presente como parte del modelo garantista instituido por el constituyente brasileño. La teoría ha sido recepcionada por el ordenamiento jurídico brasileño. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 159; MENDES, 2011, p. 244; SARLET, 2011, 403)

El principio de proporcionalidad implica que toda actuación restrictiva en materia de derechos fundamentales llevada a cabo por los poderes públicos debe respetar los principios de necesidad y adecuación. El principio de necesidad se explica en la inexistencia de medio menos gravoso igualmente eficaz en la consecución del fin perseguido. El principio de adecuación exige que las medidas restrictivas adoptadas resulten aptas para alcanzar los fines perseguidos. Una categoría que, aunque no se encuentre recogida expresamente en el texto constitucional, no impide en modo alguno su utilización por los operadores jurídicos. (SARLET, 2011, pp. 396 y ss)

El régimen jurídico de los derechos fundamentales incluye una garantía adicional: el control de constitucionalidad abstracto de las leyes federales y estatales a través de la *Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação u omissão* (art. 102, I, a, art. 103), la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (art. 102 § 1º) y la *Ação Declaratória de Constitucionalidade introducida por la EC 3/93* (art. 102 § 2)<sup>263</sup>.

---

ser atendidos bajo pena de ser consideradas constitucionalmente inadecuadas y, por consiguiente, no validas por inconstitucionales”.

<sup>263</sup>En este sentido, Marinoni (2012, p. 796) afirma: [...], si hay leyes que violan normas constitucionales, la falta de ley también puede agredir la Constitución. Por ello, no hay razón para entender posible el

El órgano competente para su conocimiento y resolución es el STF. Ni que decir tiene que todas estas acciones tienen por objeto garantizar la supremacía normativa de la CF al corregir posibles excesos o inacciones de los poderes públicos<sup>264</sup>. La consecuencia jurídica inmediata de la declaración de inconstitucionalidad es la expulsión del ordenamiento de la norma declarada inconstitucional.

Los derechos fundamentales son igualmente objeto de protección constitucional *in concreto*, en lo que aquí interesa destacar, mediante el denominado *mandado de segurança individual* (art.5º, LXIX), *coletivo* (art. 5º, LXX) y el *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI). El *mandado de segurança individual* tiene por objeto la protección de derecho individual líquido y cierto frente al acto u omisión de autoridad pública no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*<sup>265</sup>. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia admiten su utilización frente a actos practicados por particular en el ejercicio de actividad delegada. La legitimidad activa es prerrogativa exclusiva del titular del derecho, teniendo naturaleza jurídica procesal de acción civil de rito sumario especial. Dicho con otras palabras: es remedio constitucional frente a lesiones o posibles amenazas de derechos por acto u omisión de la autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones propias de los poderes públicos. (LAZZARINI, 1991, p. 153; MEIRELLES, 1983, p. 3; SILVA, 2005, p. 446)

El *mandado de injunção*, importante innovación de la CF, pretende corregir toda inactividad u omisión del legislador que torne inviable el ejercicio de derechos y

---

control de la constitucionalidad de la ley y juzgar inviable el control de la constitucionalidad de la falta de ley. Si el Poder Judicial debe controlar la actividad legislativa, analizando su adecuación a la Constitución, es evidente que su tarea no debe atenerse apenas a la ley que viola norma constitucional, sino también a la ausencia de ley que impide su realización”.

<sup>264</sup> En este sentido, el STF, ADIn 1458, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, afirmó: “la falta de respeto a la Constitución puede ocurrir tanto mediante acción estatal cuanto mediante inercia gubernamental. La situación de inconstitucionalidad puede derivar de un comportamiento activo del Poder Público, que actúa o edita normas en desacuerdo con lo que dispone la Constitución, ofendiendo así sus preceptos y principios que en ella se encuentran consignados. Esa conducta estatal, que consiste en un *facere* (actuación positiva), genera la inconstitucionalidad por acción. Si el Estado deja de adoptar las medidas necesarias para la realización concreta de los preceptos de la Constitución, en orden a tornarlos efectivos, operativos y exigibles, absteniéndose en consecuencia de cumplir el deber de prestación que la Constitución le impuso, incidirá en una violación negativa del texto constitucional. De ese *non facere* o *non praestare*, resultará la inconstitucionalidad por omisión, que puede ser total, cuando no se ha adoptado ninguna providencia, o parcial, cuando es insuficiente la medida efectivada por el Poder Público”.

<sup>265</sup> “Derecho líquido y cierto, controvertida expresión, debe ser entendido como aquel que se presenta comprobado de plano, esto es, el que se presenta como prueba pre-constituida, de naturaleza documental, acompañando la petición inicial del mandado de segurança”. (LAZZARINI, 1991, p. 153). En sentido similar, cf. Meirelles, 1983, pp. 5-8.

libertades constitucionales así como prerrogativas inherentes a la soberanía, nacionalidad y ciudadanía. Es, pues, mecanismo jurisdiccional de protección y defensa de derechos subjetivos frente a omisiones del legislador o cualquier otro órgano imbuido de poder regulatorio (MARINONI, 2012, pp. 1059 y ss). Su principal finalidad, como afirma Silva (2005, p. 448) “[...] consiste en otorgar inmediata aplicabilidad a la norma constitucional portadora de aquellos derechos y prerrogativas inertes en virtud de ausencia de regulación. Se revela, en este sentido, como un instrumento de realización práctica de la disposición del art. 5º, § 1º”.

## 2.8 EL CONTENIDO SUBJETIVO: LA TITULARIDAD DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO UN DERECHO ¿EXCLUSIVO DE LOS NACIONALES? Matices al modelo español

En el constitucionalismo brasileño se reproduce la estrecha conexión entre los derechos de la nacionalidad (arts. 12 y 13 CF) y los derechos políticos (arts. 14-16 CF) propias del modelo español. El presente análisis se ciñe a las particularidades propias de la adquisición y titularidad de los derechos políticos en el ordenamiento brasileño. Se mantiene intacto el posicionamiento favorable a la ampliación de la titularidad de los derechos políticos a los extranjeros en razón de la residencia estable.

En el marco constitucional brasileño, la titularidad de derechos políticos está asociada ineludiblemente al cumplimiento de dos requisitos<sup>266</sup>. En primer lugar, tener la condición de nacional<sup>267</sup>. El status de nacional no es, empero, condición suficiente para el disfrute de los derechos políticos. Y no lo es porque los términos nacional y ciudadano no son análogos ni semántica ni jurídicamente. La nacionalidad expresa el vínculo jurídico-político del individuo con el Estado. Es la ciudadanía la que otorga el disfrute de los derechos políticos<sup>268</sup>. Dicho con otras palabras: tan solo el nacional que además ostente la condición de ciudadano será titular de los derechos políticos<sup>269</sup>.

<sup>266</sup> Un recorrido histórico sobre el proceso de adquisición y ampliación de los derechos políticos en Brasil puede verse en Ribas do Nascimento y Bolzan de Morais, 2007, pp. 163 y ss.

<sup>267</sup> El art. 12 CF de 1988 establece las formas de adquisición de la nacionalidad, diferenciando entre el nacimiento y la naturalización.

<sup>268</sup> Sobre la adquisición plena de la ciudadanía, Lembo y Caggiano (2010, p. 867) dicen lo siguiente: “La ciudadanía, con todo, incorpora un recorrido bastantes extenso hasta alcanzar su grado máximo. En los moldes de la Constitución de 1988 se inaugura esta trayectoria cuando se completan los 16 años y, facultativamente, se puede tener acceso al cuerpo electoral, la puerta de entrada (artículo 14, § 1º, II, c). A

La regla general de la titularidad de los derechos políticos exclusivamente por los ciudadanos admite excepciones en el constitucionalismo brasileño. Ya vimos como en el caso español los ciudadanos de la Unión pueden ser titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito electoral local con una serie de condiciones y principios. En el caso brasileño la salvedad a la regla general opera en favor de los portugueses. El art. 12 §1º CF dice así:

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor dos brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

El propio artículo 12 anuncia, descontada la residencia permanente, el principio básico que rige la adquisición de derechos políticos: la reciprocidad. Una prerrogativa exclusiva de los portugueses. Los pormenores de la adquisición de derechos políticos por los portugueses se contienen en el *Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta* celebrado entre Brasil y Portugal y en vigor desde septiembre de 2001<sup>270</sup>.

Las normas reguladoras de la titularidad de derechos políticos por los portugueses se encuentran recogidas en el *Estatuto de Igualdade entre portugueses e brasileiros*, concretamente en los arts.12 a 17. El art. 12 proclama la igualdad en derechos y deberes de los beneficiarios, si bien con las salvedades que se pondrán de manifiesto.

---

partir de los 18 años, el individuo, ya ciudadano, pasa a integrar obligatoriamente el electorado y está apto para postular a Vereança (artículo 14§ 1º, I c/ c artículo 14§ 3º, VI, d). A los 21 años, es abierto el acceso a los puestos de Diputado Federal, Diputado Estatal o de Distrito, Alcalde, Vice-Alcalde y juez de paz (artículo 14, § 3º, VI, c). Con 30 años, la Constitución autoriza la disputa para el mandato de Gobernador y Vice-Gobernador de Estado y del Distrito Federal (artículo 14§ 3º, VI, b). Y, por extensión, la ciudadanía plena es alcanzada a los 35 años de edad, momento en que se abre la posibilidad de concurrir a la Presidencia y Vice-Presidencia de la República (artículo 14, §3º, VI, a)”.

<sup>269</sup> Silva Neto (2009, p. 772) niega la identificación entre los términos ciudadano y nacional de la siguiente manera: “Otra identificación que no será admitida es entre nacional y ciudadano. Si los atributos referentes a la nacionalidad son consecuencia del nacimiento, esta circunstancia, *per se et se*, no impondrá el reconocimiento de la capacidad electoral activa, que corresponde al concepto de ciudadanía en sentido estricto. Por consiguiente, se puede inferir que todo ciudadano es un nacional, pero no todo nacional puede ser considerado ciudadano, porque hay un número expresivo de personas que, a pesar de ser consideradas nacionales, no poseen capacidad electoral activa, quiera porque todavía no la adquirieron en virtud de no haber alcanzado el límite de edad mínima para el ejercicio del derecho a voto, quiera por que se encuentren provisionalmente impedidos de ejercerlo, como sucede, por ejemplo, con los reclutados, individuos que están sujetos al régimen de servicio militar obligatorio ( § 2º, art. 14, da Constituicao)”.

<sup>270</sup>El texto íntegro del Tratado se encuentra disponible en <http://www.acss.min-saude.pt/Portals/0/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Assembleia%20n.83.2000%20Tratado%20de%20Amizade%20entre%20Portugal%20e%20Brasil.pdf> ( fecha de consulta: 09/10/2012)

Ciñéndonos a los derechos políticos, el Estatuto determina el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La residencia habitual por tiempo mínimo de 3 años, capacidad civil y petición expresa por el interesado ante el Ministerio de Justicia brasileño ( art.17.1); b) disfrutar del pleno uso de los derechos políticos en el Estado del que el peticionario sea nacional ( art.17.2). La concesión de los derechos políticos en el lugar de residencia comporta la suspensión de los propios en el Estado de nacionalidad (art. 17.3).

El régimen jurídico de los derechos políticos atribuidos a ciudadanos portugueses residentes en Brasil goza de mayor amplitud que el conferido a los ciudadanos miembros de la Unión Europea residentes en España. Los residentes comunitarios solo son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito electoral local. Los ciudadanos portugueses, cumplidos los requisitos arriba explicitados, podrán ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en los diferentes ámbitos electores de Brasil. La única salvedad se encuentra en el art. 14 del propio Estatuto, que exceptúa la titularidad de aquellos derechos que estén expresamente reservados a los nacionales de origen de acuerdo a las restricciones contenidas en el art. 12, §§ 2º y 3º.

Los derechos políticos exclusivos de los brasileños de origen afectan al derecho de sufragio pasivo para determinados cargos públicos investidos de una especial dignidad. Excepciones cuya ampliación o restricción han de regularse directamente en la CF (art. 12, § 2 CF). Se trata de materia vedada a la intervención del legislador. La ampliación de los cargos privativos de los brasileños de origen no puede ser contemplada ni siquiera por vía de enmienda constitucional. El principio de igualdad afirmado por la CF entre brasileños natos y naturalizados ha de maximizar su eficacia, no restringirla. (MOREIRA MAUÉS, 2013, p. 652)

El art. 12 § 3 CF alude a altos cargos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que por su relevancia institucional solo pueden ser desempeñados por brasileños de origen<sup>271</sup>. El artículo 89, VII reserva el ejercicio del cargo de miembro del Consejo

---

<sup>271</sup> § 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa.



de la República a los brasileños de origen. Dicho con otras palabras: los portugueses residentes en Brasil son titulares sin excepción alguna del derecho de sufragio activo. Igualmente son titulares del derecho de sufragio pasivo, a excepción hecha de los cargos expresamente reservados a los brasileños de origen en sede constitucional. (SIQUEIRA ABRÃO, 2013, pp. 81-2)

## 2.9 LA CONCRECIÓN CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA. Particularidades del modelo brasileño.

Es en este apartado donde los modelos español y brasileño presentan las mayores diferencias de técnica jurídica. Se ha visto en puntos precedentes que el art. 23 CE es considerado doctrinalmente un claro ejemplo de derecho de configuración legal. Quizás el más evidente de cuantos componen el catálogo de derechos fundamentales. La exigua regulación constitucional hizo más necesaria si cabe la intervención del legislador orgánico en la concreción del contenido y los perfiles del derecho fundamental de participación política. Una metodología bien diferente de la empleada por el constituyente brasileño.

Una primera lectura de los arts. 14 a 16 CF pone claramente de manifiesto que el constituyente brasileño otorgó mayor densidad constitucional a los derechos políticos. Frente a la exigua regulación de la CE, la CF les atribuyó un capítulo propio, el Cap. IV, *Dos direitos políticos*, con el objeto de favorecer su comprensión y eficacia jurídica. Este hecho, insólito en el constitucionalismo brasileño, responde al entendimiento de los derechos políticos como normas de legitimación del sistema democrático. Su peculiar *status* en el ordenamiento constitucional les hace acreedores de una regulación jurídica privilegiada.

No acaban aquí las diferencias entre ambos ordenamientos. El art. 14 CF regula con mayor exhaustividad que el art. 23.1 CE los institutos, condiciones y garantías propias de un adecuado ejercicio de la dimensión activa individual y colectiva de los derechos políticos. La presencia de los derechos políticos en el texto constitucional no se reduce al Cap. IV. La CF contiene algunas notas propias del régimen jurídico del plebiscito (art. 18, § 3º, art. 18, § 4, art. 49, XV), del referendo (art.49 CF) y la iniciativa popular (arts. 61, 68, § 1º CF).

La concreción del régimen jurídico de los institutos de democracia participativa es materia que precisa obligatoriamente de la intervención del legislador al existir reserva de ley expresa (art. 14 caput CF). El mandato constitucional cristalizó formalmente en la Lei 9.709, de 18 de Noviembre de 1998.

Sobre la citada ley han de hacerse dos apuntes críticos preliminares. No deja de sorprender la tardanza con que el legislador democrático concretó el mandato constitucional tratándose de derechos fundamentales<sup>272</sup>. Toda una declaración de intenciones sobre la amplitud y eficacia que los representantes darían a la incómoda democracia participativa. Tanto el legislador español como el brasileño han hecho de la democracia un sistema preferentemente representativo y marginalmente participativo.

La técnica jurídica utilizada por el legislador en materia de referendo, plebiscito e iniciativa popular puede tranquilamente calificarse de inadecuada. La singularidad y relevancia de cada uno de los institutos para la apertura y perfeccionamiento de la democracia requiere un tratamiento legislativo individualizado y diferenciado con el objeto de acotar su régimen jurídico de forma ampliamente garantista. Cada uno de estos mecanismos jurídicos es proyección material del derecho de participación política y de los principios democrático y de soberanía popular.

Las mayores diferencias giran en torno a las restricciones impuestas al derecho de sufragio pasivo en sede constitucional: los supuestos de ineligibilidad e incompatibilidad<sup>273</sup>. La preocupación del constituyente en garantizar el correcto ejercicio del sufragio pasivo se hace evidente en el mandato directo impuesto al legislador de desarrollar ley complementaria para ampliar las hipótesis y plazos

---

<sup>272</sup> Bonavides (2008, pp.40-1) crítica duramente la inacción del legislador en la concreción del modelo de democracia participativa de la CF al afirmar: “En efecto, esa democracia ahora en fase de formulación teórica, y que es, en un país en desarrollo como el nuestro, la única salida a la crisis constituyente del ordenamiento jurídico, ya se halla parcialmente positivada, en términos normativos formales, en el art. 1º y su párrafo único, relativo al ejercicio directo de la voluntad popular, bien como en el art. 14, donde las técnicas participativas instituidas por la Constitución, para hacer eficaz esa voluntad, se encuentran enunciadas, a saber: el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular. Pero la aplicabilidad de esas técnicas ha sido bloqueada y negada al pueblo, a la soberanía, por obra de un robo. ¿Quién acometió ese robo sino las élites del poder, la clase representativa parlamentaria, en fin, aquellas generaciones de políticos y administradores de la clase dominante?”.

<sup>273</sup> *Vid.* art. 14 CF, §4, §5, §6, §7, §8.

temporales de inelegibilidad del art. 14, § 9 CF<sup>274</sup>. La redacción de esta ley, conocida popularmente como *lei das inelegibilidades*, se blindó con garantías procedimentales no requeridas incomprensiblemente para la regulación de los mecanismos de democracia participativa.

El propio legislador constituyente justificó la redacción de la ley en el ánimo de proteger dos principios consustanciales al ejercicio del derecho de sufragio pasivo: la probidad administrativa y la moralidad en el ejercicio del mandato. El mandato constitucional cristalizó en la redacción de la Lei Complementar nº 135/2010, popularmente conocida como “Lei da Ficha Limpa”<sup>275</sup>.

La Lei da Ficha limpa, como tendremos ocasión de analizar, es la punta de lanza de un cambio de paradigma en el derecho electoral brasileño. Con ella se asegura la plena vigencia del art. 14, § 9 CF. Un dispositivo que reclama la necesaria cobertura jurídica que posibilite la protección de principios tan caros al normal funcionamiento de las instituciones democráticas como los principios de moralidad y probidad administrativa y el normal desarrollo de los procesos electorales.

---

<sup>274</sup> Art. 14, § 9. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

<sup>275</sup> Reis (2010, p. 23) justifica la redacción de la “Lei da Ficha Limpa” en los siguientes términos: “El 10 de diciembre de 2007, el Movimiento de Combate a la Corrupción Electoral (MCCE) decidió activar la Campaña Ficha Limpia con la finalidad de dar respuesta a la creciente demanda social por aumentar el rigor en los criterios para la definición de candidaturas y la determinación constitucional contenida en el art. 14, §9 de la Constitución Federal que exigía del Congreso Nacional la adopción de ese encargo. [...] El proyecto de ley a ser presentado tenía por fundamento la siguiente premisa: no es recomendable la candidatura de personas contra las cuales pesen condenaciones criminales emitidas por ciertos ámbitos del Poder Judicial”. El texto integral de la “Lei da Ficha Limpa”, modificadora de la Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 disponible en [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp135.htm) (último acceso el 16/12/13)

### ***CAPÍTULO 3 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA CE 1978***

Como se ha visto en el capítulo precedente, el constituyente español atribuyó a la participación una doble dimensión jurídica: la de principio o mandato de optimización en el Título Preliminar (art. 9.2 CE) y la de derecho fundamental en el Título I, Capítulo II, Sección Iª (art. 23 CE). Si bien la participación como principio es un rasgo común de las Constituciones democráticas, su categorización como derecho fundamental es infrecuente. En nuestro entorno geográfico, tan solo Portugal ha seguido este camino. Sea como fuere, lo que no da lugar a dudas es que la participación como principio y como derecho fundamental constituye la esencia de la democracia. (GARCÍA COTARELO, 1993, p. 1314)

La dicción literal del art. 23.1 establece las dos vertientes de la participación política en los asuntos públicos: la directa y la representativa. La determinación del contenido del derecho precisa de una lectura sistemática del texto constitucional. La participación representativa es definida como un derecho fundamental a la participación política mediante representantes, materializado mediante el sufragio universal a través de elecciones libres y periódicas en los diversos ámbitos territoriales en que se divide el Estado español.

El contenido del derecho se completa con la lectura de los arts. 66.1, 67.2, 68 y 69 CE. Los arts. 68 y 69 CE componen las notas esenciales del sistema electoral de las elecciones a las Cortes Generales. Su concreción técnica es prerrogativa del “legislador electoral”. El art. 140 CE hace lo propio para el ámbito local y el art. 152.1 CE se refiere al ámbito autonómico. Este conjunto legal define el modelo de representación política que rige la democracia representativa española.

La opción por un determinado sistema de listas electorales influye directamente en la eficacia material del derecho de sufragio activo. En el caso español, la LOREG instituyó un modelo de listas electorales cerrado y bloqueado. En ellas, el elector simplemente se limita a votar en bloque una lista prefabricada por los partidos, auténticos protagonistas del proceso electoral. La función elemental del derecho de

sufragio, la libre elección del representante por el elector, es ejercida de facto por el partido.

La persistencia de este modelo de listas electorales una vez consolidado el sistema democrático es, para parte relevante de la doctrina, una de las causas principales de la crisis de representación que aqueja al sistema político español<sup>276</sup>. La línea de investigación aquí propuesta pretende recuperar para el elector la libertad de elección de los representantes políticos. Esa, y no otra, es la función elemental del derecho de sufragio representativo.

La crisis de la representación política se ve igualmente reforzada por otras decisiones del legislador democrático: la distorsión del mandato representativo del art. 67.2 CE motivada por la férrea disciplina partidista y las desproporcionadas restricciones impuestas a la participación electoral mediante agrupaciones electorales. Concluye el análisis de la representación política un *excursus* sobre el fenómeno del transfuguismo político y las medidas legislativas establecidas para su contención.

La otra vertiente del derecho de participación en los asuntos públicos es la participación directa y semidirecta que, al igual que su precedente, precisa de una lectura sistemática de la CE – en lo que aquí interesa destacar, los artículos 87.3 y 92 CE –. La iniciativa legislativa popular y el referendo son los institutos de participación incorporados en sede constitucional y desarrollados por el legislador orgánico. El análisis detallado del texto constitucional y, sobre todo, de la Ley Orgánica de Iniciativa Legislativa Popular 3/1984 (en adelante, LOILP) y la Ley Orgánica de las diferentes modalidades de referéndum (en adelante, LOMR) hará posible determinar el grado de eficacia material del mismo y, por extensión, la coherencia entre la realidad jurídica y la proclamación de la democracia española como democracia participativa.

Las razones del presente capítulo no se agotan aquí. El art. 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos *en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes*. Este derecho es reverso del art. 23.1 CE y corolario de la participación ciudadana en las instituciones representativas. Como derecho de configuración legal, la definición de las condiciones de ejercicio es función

---

<sup>276</sup> En este sentido, cf. Consejo de Redacción Teoría y Realidad Constitucional. Encuesta sobre el régimen electoral, 2008, pp. 11 y ss.

del legislador democrático. La determinación de las condiciones de elegibilidad y las restricciones a su ejercicio – las causas de inelegibilidad – constituyen el núcleo vital del mismo. En este punto, y dada la trascendencia que tiene para la materialización de la democracia, se entiende imprescindible la realización de un análisis crítico acerca de la proporcionalidad y ponderación de las restricciones establecidas en la LOREG al derecho de sufragio pasivo: en particular, al art. 6.2 b).

El último bloque está compuesto por el conjunto de mecanismos de garantías y restitución del derecho de participación política. Su inclusión, que en principio pueda parecer secundaria para el objeto de esta Tesis, busca ofrecer una información más detallada sobre la idoneidad y celeridad de los mecanismos de protección de un derecho tan caro a la democracia.

### 3.1 LAS MODALIDADES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL ART. 23.1CE

#### **3.1.1 La opción por la democracia representativa en la CE 1978: notas generales.**

Las democracias contemporáneas se articulan preferentemente en base al mecanismo de la representación política<sup>277</sup>. Las *razones* de esta predilección son sobradamente conocidas: el tamaño, la pluralidad y heterogeneidad de las sociedades posmodernas junto a la complejidad técnica de la función política<sup>278</sup>. La conjunción de tales argumentos hace imprescindible para la funcionalidad del sistema la selección libre y periódica por el Cuerpo Electoral de un conjunto de representantes. Elementos jurídicos igualmente esenciales son la existencia de un margen de independencia y libertad de los representantes en el ejercicio de sus funciones garantizados por la libertad de mandato, la libertad de expresión y opinión pública, la deliberación y

---

<sup>277</sup> En este sentido, Vargas Machuca (2008, p. 12) afirma: “Se acostumbra considerar la representación como el componente de la democracia que, al menos de un modo básico, garantiza la participación política de los gobernados. Gracias a los mecanismos de la representación los ciudadanos pueden influir en los procesos de decisión pública, condicionar y controlar, hasta cierto punto, un poder tan imponente como el político, que además de ser un poder sin escapatoria tiene vocación de supremacía y pretensiones de legitimidad”.

<sup>278</sup> En este sentido, Presno Linera (2000a, p. 29) afirma: “La progresiva complejidad social y política que caracteriza a los Estados modernos ha hecho aconsejable la atribución de un mayor protagonismo cuantitativo a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos a través de representantes [...]”. En sentido similar, cf. Martínez, 2006, p. 44; Pons Irazazábal, 2005, p. 3.

transacción como fórmula de adopción de las normas, la regla de la mayoría y la división de poderes (MARTÍNEZ, 2004, pp. 662-3).

La CE no fue ajena a la preeminencia de la democracia representativa como fórmula de organización política de la comunidad. La representación es el eje principal del edificio democrático español<sup>279</sup>. No obstante, la contestación doctrinal que comenzaba sufrir el concepto de representación encontró acomodo en una formulación constitucional escindida en dos grupos de preceptos: los propios de la lógica liberal clásica y aquellos que componen la representación democrática<sup>280</sup>. El conjunto de preceptos que hacen referencia a una concepción liberal de la representación son el art. 1.2 CE y su problemática descripción de la soberanía nacional; el art. 66.1 CE, que mediante la fórmula “las Cortes Generales representan al pueblo español” define el concepto formal de representación; el art. 67.2 CE, que garantiza el mandato representativo.

Completan el diseño representativo liberal las prerrogativas parlamentarias del artículo 71 CE y el carácter personal e indelegable del voto de diputados y senadores del art. 79.3 CE. (ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2005, pp. 119-20; CAAMAÑO RODRIGUEZ, 1991, p. 64)

Un segundo grupo de artículos, presididos por el principio democrático del art. 1.1 CE, da cuerpo a la representación propiamente democrática. Destacan entre ellos: a) El art. 6 CE, que hace de los partidos como elementos nucleares de la democracia representativa y; b) El art. 23 CE, que reconoce la fórmula representativa como derecho fundamental y vía primaria de materialización del principio democrático y la soberanía popular. (ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2005, p. 128)

---

<sup>279</sup> En este sentido, Fossas (1993, p. 32) afirma: “La lectura de los trabajos de elaboración de la Constitución muestra con suma claridad cómo, [...], se realizó una opción inequívoca por el modelo de democracia representativa, o sea, de democracia parlamentaria, con escasísimas concesiones a la democracia directa”.

<sup>280</sup> Sobre la representación democrática, Rubio Llorente (2012, p. 604) afirma: “Lo específicamente democrático no es la limitación o división del poder, sino su pretensión de legitimidad y la organización que de ella necesariamente deriva. El Estado español es democrático porque todos sus poderes emanan del pueblo, y los componentes de éste, los ciudadanos, tienen derecho a participar en los asuntos públicos directamente o a través de representantes elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Las Cortes, como institución en la que se plasma esta participación de los ciudadanos que componen el pueblo en su totalidad son en consecuencia, la institución democrática por antonomasia. Sin ellas podríamos tener, aunque de manera improbable y limitada, Estado de Derecho, e, incluso, con menor improbabilidad, Estado social; democracia, en modo alguno”.

Las notas esenciales del contenido constitucional de la representación política se encuentran en el art. 66.1 y 23.1 CE. El artículo 66.1 recoge el contenido formal de representación política por el cual y, haciendo nuestras las palabras de Arruego Rodríguez, (2005, p. 121) se establece “Una relación entre el colectivo ausente soberano, el pueblo español, y órgano llamado a hacerlo presente, Cortes Generales, en virtud de la cual, y porque así lo establece la norma suprema del ordenamiento, las decisiones del segundo se imputan al primero formalizándolo políticamente”. Relación sometida a unos cauces – la obligada convocatoria reglamentaria – y limitaciones – la incompatibilidad del representante autonómico y nacional – más allá de los cuales no puede hablarse de representación válida (art. 67 CE).

El artículo 23.1 CE define, en términos reproducidos posteriormente por los arts. 68.1, 69.2, 140 y 152.1, el ámbito objetivo del derecho cuya eficacia material posibilita una fórmula constitucionalmente adecuada de la representación política del art. 66.1 CE. El gobierno instituido ha de contar con el consentimiento de los ciudadanos expresado mediante sufragio universal libre, directo y secreto. Legitimación cuya renovación o revocación está condicionada a la exigencia de responsabilidades de los electores hacia los gobernantes.

La principal novedad es hacer del sufragio y sus elementos conceptuales contenido del derecho fundamental de participación política, con las garantías adicionales que ello conlleva. La intención no es otra que reforzar la legitimidad de la función representativa. Un adecuado procedimiento de selección de representantes posibilita a través de la mediación representativa la intervención de los ciudadanos en la adopción de las decisiones esenciales en el funcionamiento de la comunidad política. La representación política pasa a estar incorporada al contenido más determinante del actual constitucionalismo: la garantía de los derechos fundamentales (RODRÍGUEZ ARRUEGO, 2005, p. 153).

El mecanismo representativo no puede concebirse como una simple representación formal en que los actos del Parlamentos son imputados sin más a los representados. Debe entenderse como una situación necesaria que permita identificar al pueblo como el depositario último de la soberanía. Y para que la representación pueda considerarse democrática ha de tener una dimensión relacional. En este sentido resulta imprescindible la mediación de los partidos políticos en un doble sentido:



primeramente, articulando los procesos electorales. En segundo lugar, una vez conformada la voluntad general electoral, dando cuerpo a los Grupos Parlamentarios, órganos a través de los cuales los representantes ejercen las funciones representativas. (ORTEGA SANTIAGO, 2005, p. 36)

La preponderancia de los partidos en el modelo de representación política español ha dado lugar a la caracterización de nuestra democracia como «democracia de partidos»<sup>281</sup>. Un concepto que dista mucho de ser pacífico. A la indubitada significación política del término hay que añadir la constitucionalización de las funciones de los partidos del art. 6 CE. Un hecho que ha supuesto la juridificación de la permanente tensión dialéctica entre la representación liberal y la democrática. El artículo 6 CE instituye indirectamente un modelo de representación basado en los partidos que choca frontalmente con el mandato representativo del art. 67.2 CE.

La jurisprudencia constitucional ha sido fuente adicional de polémica sobre la adecuación del mandato representativo del art. 67.2 CE al Estado de partidos y su posible sustitución por el mandato ideológico o de partido de acuerdo a la lógica de la representación democrática. Veamos en qué términos.

### **3.1.2 La noción de cargo público representativo en la CE 1978: la construcción doctrinal y jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. ¿Una jurisprudencia inalterada?**

De la lectura del artículo 23.1 CE se infiere que la relación de representación tiene por protagonistas a los ciudadanos y a los representantes. Es un derecho a participar a través de representantes libremente elegidos. La representación es entendida como: a) Un proceso continuo que instaura la presunción de que el representante lo es de la colectividad de los ciudadanos; b) Al tiempo que da cuerpo al derecho de participación de los ciudadanos; c) Produciéndose la identificación entre la voluntad

---

<sup>281</sup> En este sentido, Virgala Foruria (2013, p. 18) afirma: “El Estado democrático español de 1978 ha sido configurado claramente, como tantas veces se ha dicho, como una democracia representativa en el marco de un Estado de partidos, es decir, intentando canalizar la representación política institucional de los ciudadanos prácticamente en exclusiva a través de la elección de los representantes en el Parlamento dentro de un sistema claramente dominado por los partidos y sus aparatos internos de poder (sistema electoral D’Hondt, listas cerradas y bloqueadas, escasa regulación del funcionamiento interno de los partidos)”.

general y la manifestada por los electores al designar a los representantes en el ejercicio del derecho del art. 23.1. (BASTIDA FREIJEDO, 1987, p. 212)

La representación política, manifestación procesal del derecho de participación política representativa, no implica la atribución a su titular de un conjunto de facultades de actuación. Tras el ejercicio del sufragio activo el derecho de participación pasa a ser, utilizando la expresión de Caamaño Rodríguez (1992, p. 138) “un derecho-valor”. El derecho de participación política representativa, una vez ejercido a través de la elección ha de ser entendido, como un derecho de naturaleza *reaccional* ante disfunciones y quiebras contrarias a la configuración constitucional de la representación política (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 79).

El derecho de participación representativa es, pues, un derecho a un estado de cosas constitucionalmente adecuado en materia de representación política. Mediante aquel se garantiza que la elección de representantes respete la exigencia de pluralismo político de la democracia constitucional. La protección de las minorías junto a los principios de contradicción y transparencia reforzarán el ideal de que el fin del procedimiento representativo sea expresión fehaciente de la voluntad de la mayoría (ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2005, pp. 149-50; PRESNO LINERA, 2004, p.519).

No deja de resultar paradójica la utilización de la expresión *participación representativa*, un oxímoron jurídico. La afirmación del TC de que “los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar” encierra la contradicción que se da entre los términos participación y representación. La representación es un acto de delegación que implica un apoderamiento en favor del representante al tiempo que expresa una voluntad inhibitoria del representado. Voluntad inhibitoria total e incondicionada al tratarse de un derecho de naturaleza reaccional. La participación atribuida al ciudadano no es sino la habilitación incondicionada al representante para que éste actúe con total libertad e independencia de criterio, haciendo depender de su voluntad la identificación de intereses con los electores. No resulta arriesgado plantear la duda sobre la sustitución del término “participación representativa” por el de “participación electiva”, toda vez que nos encontramos ante un acto inhibitorio que contrasta con la habilitación activa del constituyente al ciudadano. (GARCÍA COTARELO, 1993, p. 1314)

Estas no son las únicas disfunciones que afectan al concepto de representación política en sede constitucional. El legislador constituyente estableció los elementos básicos de un sistema de representación proporcional para las elecciones al Congreso (art. 68.3 CE). Sobre ese mínimo indisponible, el legislador orgánico añadió determinados elementos de ingeniería electoral que han provocado la sobre representación de los partidos mayoritarios (PP y PSOE) y los de corte regionalista (PNV y CIU)<sup>282</sup>. La mayor distorsión legislativa de la representación es la operada por el sistema de candidaturas electorales en forma de listas cerradas y bloqueadas. El vigente sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas reduce la participación electoral, como afirma Martínez Vázquez (2010, p. 239) “[...] a un mero *voto de opción*.” Sobre este particular se volverá más adelante.

La fijación del contenido y límites del derecho de participación fue obra principal del TC □ Sentencias 51/84 y 119/95 entre otras □. Por «asuntos públicos» entendió el TC tan solo aquellos actos en los cuales la participación sea ejercicio de soberanía. Igualmente, el Alto Tribunal fijó el ámbito institucional de la participación representativa ciñéndolo a las Cortes Generales y aquellas otras instituciones representativas en las que en atención al artículo 137 CE se articula el Estado español.

El derecho de participación política representativa ha sido objeto de concreción conceptual y de delimitación material a través de la jurisprudencia del TC<sup>283</sup>. La noción jurisprudencial de «cargo público representativo», bien jurídico protegido y finalidad a

---

<sup>282</sup> En este sentido, Garrorena Morales (1994, p. 10) afirma: “Las opciones fundamentales del citado marco legal [en referencia a la LOREG] están hechas, como es bien sabido, a favor de un sistema de representación proporcional para el Congreso (y por lo tanto para la representación poblacional de todo el país; art. 68.3 CE), al que se contraponen, sin embargo, determinados factores que juegan en el sentido de la desproporcionalidad de ese mismo sistema. [...]. En principio, permítasenos recordarlo, los factores a los que habitualmente atribuimos esa deformación de la estricta proporcionalidad del sistema y, por lo tanto, la existencia de cuotas de sobre y de sub-representación en el mismo son varios. Por una parte, la asignación de una “representación mínima inicial a cada circunscripción” (art. 68.2 CE), que el art. 162.2 de la LOREG ha fijado en dos diputados y que rompe el igual valor del voto en unas circunscripciones y en otras. Además, la opción por la provincia como demarcación electoral (art. 68.2 CE), la cual determina la existencia de un elevadísimo número de circunscripciones de muy reducido tamaño, malas para cualquier equitativo reparto. Muy unido a ello, la exigua dimensión de la Cámara a elegir, cuyos 350 diputados (art. 68.1 CE y art. 162.2 LOREG) tampoco permiten acrecer el tamaño de las circunscripciones provinciales. También, la opción a favor del sistema D’Hont, dada su conocida inclinación a beneficiar a los ganadores. Y, por supuesto, el establecimiento por el art. 163.1 a) de la LOREG de un “umbral” del 3% que deja sin representación, aunque proporcionalmente tuvieran derecho a ella, a quienes queden por debajo del citado techo”. Para un análisis en profundidad de los matices a la proporcionalidad real del sistema de listas cerradas y bloqueadas, cf. Martínez Vázquez, 2010, pp. 241 y ss; Urdániz Ganuza, 2008, pp. 58-67.

<sup>283</sup> Vid. STC 5/83 y 10/83, 16, 20, 28, 29/1983, 28/84, 32/85, 24/90, entre otras.

la que la garantía institucional de la representación atiende, se vio afectada en su conformación jurisprudencial por la interpretación que de la titularidad del mandato parlamentario realizó el legislador pre-constitucional en la Ley de Elecciones locales de 1978. La indudable trascendencia que los partidos iban a tener en el inminente sistema democrático español llevó al legislador pre-constitucional a entender erróneamente que el mandato era en última instancia del partido ante el supuesto de expulsión del diputado de aquél.

### 3. 1.2.1 Un comienzo vacilante: la Sentencia 5/1983, de 4 de febrero.

La noción jurisprudencial de «cargo público representativo» la inició el TC mediante la Sentencia 5/83, el llamado caso *Alcalde de Andújar*. El objeto de enjuiciamiento era la legitimidad constitucional del art. 11.7 la Ley de Elecciones Locales de 1978<sup>284</sup>. El texto de la Ley preconstitucional, declarado inconstitucional y posteriormente derogado en este punto decía así

Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones y coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato.

La lectura del texto nos fuerza a realizar un par de comentarios sobre la configuración de la ley. Las listas o candidaturas y consecuentemente los candidatos electos representan a los partidos políticos y no a los electores. Los partidos gozarían de la libertad de decidir sobre la continuidad o no de los candidatos electos ante la expulsión o abandono de la militancia. Interpretada literalmente, la Ley 39/78 introducía dos mutaciones en la teoría del mandato representativo que posteriormente sería sancionado constitucionalmente. En primer lugar, la composición personal de la Corporación Local quedaba en manos del partido «representado». En segundo lugar,

---

<sup>284</sup> Sobre el porqué del art. 11.7, Presno Linera (2000, p. 55) afirma: “El antiguo artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales (RCL 1978, 1554) constituyó un intento poco afortunado de poner fin al controvertido, jurídica y políticamente, fenómeno del «transfuguismo político». La compatibilidad de aquel precepto («Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que lo presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato»), con la Norma Fundamental fue rechazada por nuestro Tribunal Constitucional en la medida en que colocaba a la entera disposición del partido político la creación del supuesto de hecho que daba lugar a la pérdida del cargo”.

suponía sancionar incondicionalmente la disciplina partidaria sobre los cargos públicos representativos. (JIMÉNEZ CAMPO, 1992, p. 226)

La redacción de la Ley extralimitaba la influencia de los partidos en la representación política. La relevancia de los partidos en el proceso electoral mediante la presentación de candidaturas no permite concluir la apropiación por aquellos del mandato parlamentario en los supuestos de expulsión del candidato del partido por el cual concurre a las elecciones. Esta práctica equivaldría a vaciar de contenido el art. 23, atribuyéndole a los partidos políticos la cotitularidad del derecho de participación política. Un derecho cuya titularidad es inequívocamente ciudadana. Como acertadamente se pregunta García Roca (1999, p. 67): “¿Qué alcance jurídico resta entonces para el sufragio pasivo y su conexión con el activo?”

El Alto Tribunal inició su argumentación en clave de interpretación sistemática, delimitando el sentido y contenido del art. 23.2 CE. El derecho de acceso comprende igualmente el derecho de permanencia en el cargo en condiciones de igualdad «con los requisitos que señalen las Leyes» (FJ 3º). El Tribunal se planteó acto seguido si el artículo 11.7 de la Ley vulneraba el art. 23.2 CE (FJ 4º). La argumentación del TC se basó en la *íntima conexión* entre el apartado 1º y 2º del artículo 23 al afirmar 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, como es propio de un Estado democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político. En definitiva, y sin perjuicio de las incompatibilidades que pueda regular la Ley, el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido. (STC 5/83, FJ 4º)

Es este el epicentro de la construcción jurisprudencial de la teoría de la representación política. La configuración jurisprudencial del contenido esencial del art. 23.2 CE fue la siguiente: 1) El derecho de acceso a los cargos públicos – *ius ad officium*<sup>285</sup> – comprende igualmente el derecho a la permanencia en el mismo con los requisitos que establezcan las leyes y en condiciones de igualdad – *ius in officium* –, un derecho de naturaleza reaccional ante posibles violaciones por parte de los poderes

<sup>285</sup>El derecho de acceso a los cargos públicos se desdobra, a su vez, en dos derechos: el derecho a ser elegible y el acceso efectivo al cargo representativo una vez producida la elección.

públicos de la prescripción de igualdad constitucional; 2) La permanencia en el cargo de los representantes depende tan solo de la voluntad de los electores manifestada a través de elecciones periódicas y, eventualmente, de los propios representantes<sup>286</sup>; 3) Los partidos políticos no pueden revocar a los cargos representativos; 4) Los representantes lo son de los electores como titulares exclusivos del derecho de participación política y; 5) Aun cuando los partidos son organizaciones esenciales en el Estado democrático no son titulares del derecho de participación.

Los elementos esenciales de la noción jurisprudencial de cargo público representativo son la representación política, la elección y el acceso a los órganos del Estado-ordenamiento en que se estructura la ordenación territorial española. Una línea jurisprudencial que, salvo alguna vacilación jurisprudencial a favor de los partidos en las SSTC 60/1982, 47/1990 y 217/1992, se mantiene inalterada en su identificación entre cargo público y cargo de representación política. (GARCÍA ROCA, 1.999, p. 42; PÉREZ ALBERDI, 2013, pp. 52-3)

La relevancia de las conclusiones del TC, las discrepancias manifestadas por algunos Magistrados en el Voto particular así como las críticas doctrinales a la fragilidad argumentativa del fallo requieren realizar algunas puntualizaciones aclaratorias<sup>287</sup>. Afirmó el Tribunal (FJ 4º) que los representantes se mantienen en el cargo «por voluntad de los electores» y que solo a éstos representan. Esta afirmación encierra una verdad a medias. Si bien es cierto que los representantes no lo son de los partidos políticos, es inexacto sostener que los representantes representan tan solo a los

---

<sup>286</sup>A tal respecto, Bastida Freijedo (1987, p. 204) puntualiza acertadamente lo siguiente: “Obvio es decirlo, el TC no afirma una facultad de los electores para revocar a los representantes, ya que puntualiza que la voluntad de aquellos se expresa en elecciones periódicas. No obstante, el empeño en destruir el argumento favorable a la legitimidad de la expulsión del partido como causa del cese del representante, y destruirlo, además, con fundamentos de índole más democrática que la que pudiera presumirse de los argumentos contrarios, conduce al alto Tribunal a insinuar la existencia de una «especie» de facultad de revocación con razonamientos tan equívocos como innecesarios. En efecto, de la lectura reposada de esta sentencia se obtiene la impresión de que la opinión mayoritaria del Tribunal actúa más como abogado que como juez y que, ante argumentos aparentemente democráticos propios del Estado constitucional de partidos, el alto Tribunal no se escabulle por la tangente liberal. Por contra, se faja en el propio terreno democrático, con el deseo evidente de «pasar por la izquierda» a tales argumentos con otros más radicales y de mayor pureza democrática”.

<sup>287</sup> Una de las principales críticas es la vertida por Chueca Rodríguez (1987, p. 192), para quien la argumentación del TC a respecto de la inclusión del derecho de permanencia como contenido del derecho de acceso es insuficientemente elaborada y deficientemente explícita. Opina el autor que no se alcanza a comprender en función de que preceptos se realiza la interpretación sistemática aducida por el TC, no porque no estén en la Constitución ni por su incorrección, sino porque es importante saber cuáles son los preceptos que entran en juego en la construcción de un nuevo derecho fundamental supuestamente implícito en la Constitución y más concretamente en el artículo 23.

electores que los votaron. Los representantes – como corrigió posteriormente el TC en la Sentencia 10/83 (FJ 4º) – representan al Cuerpo Electoral en su conjunto<sup>288</sup>.

Es igualmente inexacto afirmar que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores. La CE no se pronuncia expresamente – salvo en el caso de los diputados y senadores – sobre la organización de la participación del cuerpo electoral en el cese de los representantes. Y de existir debería atribuirse al Cuerpo Electoral y no a los electores individualmente considerados. En segundo lugar, el mecanismo de las elecciones se activa una vez concluido el mandato. No funciona como interruptor del mandato representativo de forma anticipada. A las elecciones concurren candidatos que ya agotaron previamente su mandato, no representantes con el fin de permanecer en el cargo del que ya fueron cesados. No cabe entender el mecanismo de las elecciones como una presunción *iuris tantum* por la cual las voluntades de representantes y representados sean homogéneas en tanto no se pronuncie el Cuerpo Electoral. La ausencia de previsión constitucional de revocación del mandato representativo hace de aquella una presunción *iuris et de iure*. (BASTIDA FREIJEDO, 1987, pp.204-5; PRESNO LINERA, 2000, pp. 54-5)

Igualmente resulta forzada la interpretación del Tribunal – mantenida en la Sentencia 10/83 (FJ 3º) – por la cual la elección del representante “solo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado.” Esta posición – corregida en la Sentencia 75/85 (FJ 4º) – no puede sino calificarse como un ejercicio de voluntarismo interpretativo. El sistema de listas cerradas y bloqueadas impide el voto personalizado, desfigurando la posición del representante individual en el proceso electoral en favor de la lista de partido. Las grandes beneficiadas de nuestro sistema de listas electorales son las formaciones políticas. Nuestra Ley Electoral dispone que los escaños se atribuyen a las candidaturas y, subsecuentemente, a los candidatos incluidos en ella en función de su orden.

---

<sup>288</sup>En este sentido, Presno Linera (2000, p. 54) afirma: “Los titulares de los cargos políticos representativos no son representantes de «sus» electores ni éstos están representados por unos parlamentarios determinados. En esa materia el enunciado del artículo 23.1 de nuestra Constitución nos otorga el derecho a participar a través de representantes libremente elegidos, pero no a través de «nuestros» representantes. Los representantes no lo son, como ha precisado en otras resoluciones con mayor acierto el intérprete supremo de la Constitución, de quienes los votaron, sino del Cuerpo Electoral”.

El otro elemento central del análisis de la Sentencia 5/83, en lo que aquí interesa destacar, lo constituyen los límites a la incidencia de los partidos políticos en la representación política. El artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales otorgaba a los partidos la capacidad de cese de los cargos electos. Quedaban investidos de un poder desorbitado con incidencia directa en el contenido y efectividad de la representación política. El Tribunal (F.J. 4ª) obviamente reconoce el necesario protagonismo de los partidos en los procesos electorales así como en la conformación de la voluntad general<sup>289</sup>. Esta circunstancia no les habilita ni para arrogarse la representación de los ciudadanos ni para crear por su voluntad presupuestos de hecho que acarreen el cese de los representantes. Los partidos no pueden ser ni titulares del derecho de participación ni representar directamente a los ciudadanos. El único representante legítimo del Cuerpo Electoral es el ciudadano concurrente a las elecciones que por intermediación partidista accede al cargo público representativo. La defensa de la tesis contraria no tiene cabida en nuestro actual marco constitucional, precisando la supresión o reforma constitucional de los arts. 23.2 CE y 67.2 CE.

El Voto Particular puso de manifiesto la necesidad de resolver adecuadamente dos cuestiones esenciales en la organización de la representación política: el papel de los partidos en la relación electores-representantes y su incidencia en el fenómeno del transfuguismo político. Unas insuficiencias que fueron tratadas con mayor profundidad en el principal pronunciamiento del TC en materia de representación política: la Sentencia 10/1983.

3.1.2.2 La concreción de la noción de «cargo público representativo»: la Sentencia 10/1983, de 21 de febrero.

La Sentencia 5/1983 dejó demasiados cabos sueltos en la definición del contenido esencial de la noción de cargo público representativo y la incidencia que los

---

<sup>289</sup>En este sentido, Presno Linera (2000a, p. 46) afirma: “[...] los partidos políticos contribuyen al desenvolvimiento democrático del proceso de elección de los representantes mediante los controles electorales. La fiscalización de los procesos de formación y manifestación de la voluntad popular es una exigencia indispensable para garantizar su carácter democrático, y la participación de las formaciones políticas en estos controles, en especial cuando instan la aplicación de tales garantías, constituye un elemento adicional que refuerza la transparencia y el pluralismo del proceso electoral, al tiempo que lo dota de mayor legitimidad en la medida en que supone la implicación social en el funcionamiento del sistema normativo estatal”.



partidos tenían tanto en el mecanismo de la representación política cuanto en el transfuguismo. La Sentencia 10/83 buscó consolidar la construcción jurisprudencial de la noción de «cargo público representativo». Era preciso determinar el contenido concreto del derecho a participar mediante representantes o, dicho con otras palabras, establecer las notas esenciales del concepto de representación política. Con ello el TC explicitó la ligazón existente entre el contenido del 23.1 CE y la teoría de la representación. La figura del cargo público representativo va unida inescindiblemente a la noción de representación política.

La Sentencia trae consecuencia de la interposición de un recurso de amparo por parte de varios miembros del Partido Comunista que, al ser expulsados, habían sido cesados en el ejercicio de sus cargos municipales. El TC reincidió en líneas generales en la teoría clásica de la representación política en favor del mandato libre, si bien con algunos matices que por su importancia merecen un sucinto análisis.

Las notas definitorias del pronunciamiento giraron en torno a la definición del contenido del derecho a participar mediante representantes. La primera preocupación del TC no fue otra que definir la legitimidad de origen de los cargos públicos. El sentido democrático de nuestra CE requiere de un acto concreto de expresión, directo o mediato, de la voluntad popular. La elección de los ciudadanos es el punto de partida inexcusable para poder hablar de representación política.

A renglón seguido se nos presenta el *nudo gordiano* del pronunciamiento anterior: los límites de la incidencia de los partidos en la representación política. La conexión existente entre representación y elección popular impide, en palabras del TC, articular una organización de la representación en que los representantes puedan verse privados de su mandato por una decisión ajena a los electores. El TC enfocó su argumentación en la idea de representación como vertiente material del derecho de participación en los asuntos públicos de los ciudadanos<sup>290</sup>. Los ciudadanos son, en su

---

<sup>290</sup> Bastida Freijedo (1987, pp. 200-1) pone de manifiesto la insuficiencia de la construcción de la teoría clásica de la representación por el TC en los siguientes términos: “El TC se hace eco en este párrafo (en referencia al FJ 2º) de la doctrina clásica de la representación política, que rechaza la identificación de esta última con la institución representativa del Derecho privado. El representante lo es del conjunto de los representados, no solo de los que le votaron. Pero el TC extrae de tal doctrina una consecuencia que no siempre cabe deducir. De la quiebra de la relación representativa no se deriva *necesariamente* una vulneración de «un *derecho fundamental de todos y cada uno* de los sujetos que son parte de aquella». En la teoría liberal de la representación, basada en la idea de soberanía nacional, el sujeto representado es la

condición de representados, co-titulares de un derecho fundamental que perdería su significación si se privase indebidamente al representante del ejercicio de su función (FJ 2º).

La argumentación del TC es susceptible de comentarios críticos. La elección popular es fuente de legitimación única del representante. Pero de tal vinculación no puede extraerse, *ipso facto*, la existencia de relación jurídica alguna entre representante y representado (FJ 4º). Según el art. 66.1 CE el representante lo es del conjunto del pueblo español, sujeto colectivo representado. La presunción de unidad de voluntad se da entre los representantes y el pueblo español. A pesar del notable esfuerzo del TC por lograr la integración de los principios representativo y democrático a través de las elecciones aceptar esta tesis supondría, como opina Chueca Rodríguez (1987, p. 196) “[...] la *formalización* jurídica del concepto de representación y una alteración de su contenido esencial. Provocando, en definitiva, la exclusión del órgano que formula y expresa la voluntad popular del proceso previo a la toma de decisión”. Una mutación que no iría acompañada del reforzamiento de la posición del representante individualmente considerado. (CHUECA RODRÍGUEZ, 1987, pp. 194 y ss).

El otro elemento central del pronunciamiento es la posible revocación del mandato por los partidos. Partimos de la coincidencia con el criterio del Tribunal de negar que los partidos pongan fin de manera anticipada al mandato de los representantes. No obstante, discrepamos de la justificación que da para ello: el no ser el partido un poder público sin más<sup>291</sup>. Es notoriamente sabido lo problemático que resulta para la doctrina la determinación de la naturaleza jurídica de los partidos. Las posiciones, antagónicas, se resumen en dos según el elemento dominante sea su

---

nación, como ente abstracto y unitario, y, por tanto, no se puede producir una lesión de un derecho público subjetivo de los ciudadanos «como representados», ya que éstos no integran el sujeto pasivo de la representación. Si el TC deduce la consecuencia mencionada se debe a que el rechazo de la injerencia de los partidos en la relación representativa lo fundamenta en la interpretación *democrática* de aquella doctrina clásica”.

<sup>291</sup> La Sentencia TC 10/83, FJ 3º dice así: “Los partidos políticos son, como expresamente declara el artículo 6 CE, 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 funcionamiento sean democráticos”.

vinculación directa con el Estado – acentuándose su naturaleza pública – o bien su origen social – predominando entonces su naturaleza privada –.

El art. 6 CE es consecuencia directa de la necesidad de contar con los partidos políticos para la articulación del principio democrático. Las funciones que les son atribuidas pueden ser calificadas como públicas<sup>292</sup>. La categorización de tales funciones como públicas no desvirtúa la naturaleza esencialmente privada de los partidos. El Tribunal Constitucional yerra al negar la posibilidad a los partidos de cesar a los representantes amparándose exclusivamente en el hecho de que estos no son poderes públicos.

El TC construye un silogismo aparentemente válido: si tan solo los poderes públicos pueden, de acuerdo con las leyes, poner fin a los mandatos de los representantes, los partidos, dado que no son poderes públicos, no pueden llevar a cabo tal acción. El razonamiento, válido en apariencia, parte de una premisa errónea: de la naturaleza del derecho a crear partidos no se puede deducir sin más la naturaleza de los partidos. Esto solo podría admitirse habiendo definido previamente que es un partido en términos jurídicos y tomando esa definición como base configuradora del derecho. (BASTIDA FREIJEDO, 1992, p. 84)

---

<sup>292</sup> En este sentido, Bastida Freijedo (1987, p. 212) afirma: “No es preciso insistir en el papel que juegan los partidos en la formación de la relación representativa y en las funciones que cumplen y que la Constitución incorpora como articulación básica del principio democrático, como expresión de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico – el pluralismo político – y como medio indispensable de participación política. Todo ello se concreta en el concurso de los partidos en la *formación y manifestación de la voluntad popular*. Los partidos no son, pues, unas entidades privadas sin más. En el Estado democrático de Derecho desempeñan funciones públicas constitucionalmente reconocidas y, dadas aquellas funciones, sobre todo la última subrayada, no puede afirmarse que sean en sí mismos ajenos a la voluntad popular”. En sentido contrario, Jiménez Campo (1988, pp.14-5) afirma a respecto de la naturaleza de las funciones de los partidos que: “Lo que interesa es que esto es el partido político para la Constitución, que en esto – en concurrir a la formación y a la manifestación de la voluntad popular – consiste su carácter de medio para expresar el pluralismo y de instrumento fundamental para la participación política, y que reside aquí, en definitiva, en el respeto a estas «funciones», el límite antes citado a la acción del legislador y también el criterio para el reconocimiento como tal partido de una asociación, que solo lo será en tanto su objeto – su objeto social – consista en el despliegue de esas actividades. Actividades que no son, por lo demás, «funciones públicas» en ningún sentido técnico riguroso. Así, aunque antes ya dije que no suscitaba aquí la cuestión de la «naturaleza jurídica» de estas organizaciones, permítaseme que diga que, al menos, una cosa no son los partidos. No son – frente a lo que veo que con cierta frecuencia se afirma - «asociaciones privadas que ejercen funciones públicas», pues, si la expresión «función pública» significa algo preciso en este contexto (función que pudiera ser desarrollada por un ente público, aunque, por las razones que sean, se deba su ejercicio – bajo control – en manos privadas), ello no es predicable de las tareas que corresponden a los partidos, que, ocioso es decirlo, no podrían ser asumidas por los poderes públicos sino negando la condición democrática del Estado”.

*Ítem más:* la hipotética conversión de los partidos en poderes públicos no les legitimaría automáticamente para promover el cese de los representantes públicos<sup>293</sup>. Nuevamente el Voto Particular se mostró contrario al fallo sobre los límites de los partidos en la representación política. Para los Magistrados discrepantes, los partidos son un caso particular de asociaciones que ejercen funciones públicas por mandato del art. 6 CE. Por tanto, corresponde a la Ley de Elecciones Locales la concreción de su intervención en la representación. Las funciones públicas de los partidos derivan «mediatamente» de la voluntad popular y, por ello, no cabía declarar el artículo 11.7 como inconstitucional. (BASTIDA FREIJEDO, 2006, p. 28; CARMONA CUENCA, 2009, pp. 550-1)

El TC reiteró la inconstitucionalidad del art. 11.7 LEL por entender que la privación del mandato del representante expulsado contiene una doble violación de los derechos del art. 23 CE. En primer lugar, se viola el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos del art. 23.1 CE. En segundo lugar, se viola el *ius in officium* de los representantes. Los partidos políticos, asociaciones cuyas funciones pueden ser consideradas públicas, carecen de la legitimidad para poner fin al mandato de los representantes.

Ésta es la línea jurisprudencial seguida por el TC en materia de representación política: la relación de representación se produce entre electores y representantes y solo a aquellos les corresponde con carácter general el cese de los representantes. El propio TC ha ido reconociendo progresivamente la singular relevancia de los partidos en el fenómeno representativo (SSTC 28/1984 y 32/85). La STC 75/85 reconoció que los partidos políticos, a través de las listas por ellos presentadas, son los receptores de los votos ciudadanos en las elecciones. La STC 119/90, por su parte, dotó de relevancia jurídica a la adscripción política de los representantes electos en dichas listas. Las SSTC 31 y 185/1993 afirmaron la previsión legislativa de determinadas prerrogativas de las organizaciones partidarias en la fase de constitución de los órganos públicos y la formación de la voluntad popular. Finalmente, la STC 298/2006 afirmó que los partidos

---

<sup>293</sup> En este sentido, Bastida Freijedo (1987, p.218) afirma: “Si el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales, de 1978, era incompatible con la Constitución, no se debía, a nuestro juicio, a que habilitara a unos entes no calificables como órganos del Estado para poner fin a la función representativa del candidato electo. La razón esencial tendría que ser que el citado artículo no regulaba los supuestos concretos de deslealtad y permitía, así, que la expulsión pudiera utilizarse como instrumento privado de disciplina interna del partido y no como garantía pública de lealtad del representante para con la voluntad popular expresada en las urnas”.

ostentan un «interés legítimo» que justifica su legitimación para recurrir en amparo ante el TC.

La intensa intermediación de los partidos no se agota en el proceso electoral. La contienda electoral atiende al objeto de expresar en la votación la «representatividad» que cada grupo político porta como organización social y, paralelamente, traducir dicha representatividad en presencia parlamentaria a través de los candidatos electos. Es este un proceso de interrelación entre partido y representante que se mantiene en sede parlamentaria a través de las relaciones de sujeción del representante al Grupo Parlamentario y de éste al Partido. Esta relación tripartita impone numerosos matices al derecho fundamental de participación representativa del art. 23.1, al derecho de permanencia y ejercicio del cargo público del 23.2 y, por la conexión existente entre ambos, a la libertad de mandato del art. 67.2 CE. La incidencia que tales matices puedan tener en el contenido esencial del derecho y su eficacia material justifican un análisis separado.

### 3.1.2.3 Luces y sombras en el modelo vigente de representación política: el *realismo jurídico* de los partidos y el formalismo jurídico del TC.

La representación política es la «garantía institucional» a través de la cual se desenvuelve el derecho de participación representativa. Un derecho que resulta vulnerado cuando al representante, de forma contraria al ordenamiento, se le impide permanecer en el cargo para el que fue elegido por el conjunto del Cuerpo Electoral de acuerdo a la lógica de la democracia representativa: por sufragio universal, igual<sup>294</sup>, directo, libre y secreto.

Admitida la relevancia de los partidos en la conformación de la voluntad general mediante la organización del procedimiento electoral, la *vis expansiva* inherente a todo derecho fundamental justifica que la intervención del legislador electoral tienda a

---

<sup>294</sup>Sobre la presunta igualdad del voto, Urdániz Ganuza (2008, p. 58) afirma: “Conviene no llamarse a engaño: diga lo que diga la Constitución, jamás ha habido en España voto igual. Lo único que los españoles tenemos igual es la papeleta, pero esa papeleta no vale lo mismo para todos. Dependiendo de la provincia de origen, unos ciudadanos tienen en ella más votos que otros: en Teruel 37.000 papeletas aseguran un diputado. En Sevilla hacen falta 120.000. No es que todo ocurra *como si* unos tuvieran más votos que otros: es que unos *tienen* más votos que otros, a no ser que confundamos la noción de voto con la de mera papeleta”.

maximizar los resortes participativos en manos de los ciudadanos<sup>295</sup>. Y que lo haga de forma compatible con el art. 67.2 CE para potenciar el vínculo elector-representante sobre el que se asienta la representación política. El derecho a elegir representantes es el principal elemento de poder decisorio y manifestación de libertad política de la ciudadanía en nuestro régimen representativo. Razón por la que debe ser potenciado y no restringido por vía legislativa. No hay como negar que la crisis de representación que padece nuestro sistema democrático responde en buena medida al desorbitado protagonismo de unos partidos que han minimizado al extremo la relación elector-elegido. De elementos de cohesión de la representación política han pasado a ser poco menos que un fin en sí mismos, ideológicamente vacíos y preocupados principalmente en el mantenimiento del *status quo* de poder alcanzado (GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 131).

La representación política se encuentra hoy día sometida en gran medida al dictado de los partidos políticos. Una intervención partidaria que pone en tela de juicio el contenido de los derechos del art. 23 CE y el art. 67.2 CE al imponer el pleno control de sus parlamentarios. Los estatutos de los partidos son un claro ejemplo del realismo jurídico en la regulación de la representación política. No hay norma estatutaria que no contravenga el mandato representativo del art. 67.2 CE, condicionando igualmente el contenido del derecho del art. 23.2 CE. El control del estatus económico del cargo público así como de los grupos institucionales en que éstos se constituyen es buena muestra de ello.

El concepto de representación política articulado jurisprudencialmente por el TC es calificable de incompleto. La distorsión entre la realidad política y su regulación jurídica impide afirmar que la representación política se articula en base a una presunción de voluntades entre representante y representado construida al margen de los partidos (PORTERO MOLINA, 2009, p. 74). En la relación de representación se han insertado unos partidos políticos que, de acuerdo a la articulación del principio democrático, recibieron la legitimación constitucional de desempeñar funciones que por

---

<sup>295</sup>En este sentido, Pau i Vall (2006, p. 158) afirma: “Como un elemento más para favorecer la participación electoral y hacer una democracia más participativa sería conveniente modificar el sistema electoral para que los ciudadanos pudieran elegir no solo a la opción política que deseen sino también directamente que personas deben ejercer su representación. [...]. Ello favorecería que los candidatos se debiesen no solo a la cúpula del partido que establece el orden de los candidatos en las listas de acuerdo con la relación de poder interna del partido sino también, directamente, a los electores que los eligen, a ellos y no a otros, para representarlos”.

su trascendencia en el engranaje de la democracia representativa han sido comúnmente calificadas como públicas<sup>296</sup>. El pluralismo político ha hecho de los partidos organizaciones imprescindibles para el sostenimiento de la representación en el Estado democrático<sup>297</sup>.

Hasta aquí no hay inconveniente alguno. Nadie puede dudar seriamente de la necesidad de los partidos como conversores del pluralismo social, amorfo en su origen, en pluralismo político. El problema radica en que los partidos han excedido el mandato constitucional de ser vehículos de conexión entre la sociedad y el Estado, de servir de elementos de comunicación entre electores y representantes. Hoy día puede afirmarse que los partidos la han fagocitado en su favor<sup>298</sup>. El régimen electoral general diseñado en la LOREG contribuye fuertemente a vaciar de significado la relación de representación que debería tener por principales protagonistas a electores y elegidos y por intermediarios a los partidos. Cualquier intento serio de análisis debe partir de esta situación de abuso que los partidos hacen de la representación política (GÓNZALEZ ENCINAR, 1990, p. 78).

---

<sup>296</sup> En este sentido, García Pelayo (2009, pp. 2003-4) afirma: [...] los partidos políticos se nos muestran como organizaciones sin cuya mediación no es posible actualizar los principios democráticos en las condiciones de la sociedad de nuestro tiempo. En efecto, el pueblo amorfo solo puede manifestar su voluntad si se somete a un proceso organizativo llevado formalmente a cabo por la legislación electoral y materialmente por la acción de los partidos, en razón de que solo estos pueden cumplir aquellas funciones sin las cuales no hay posibilidad de realizar la democracia en las condiciones del presente”.

<sup>297</sup> En este sentido, González Encinar (1990, p. 75) afirma: “Nuestra Constitución es una Constitución «subordinada» al principio democrático. En su origen, ella misma, y, a partir de ella, todos los poderes del Estado emanan del pueblo. Pero la democracia es hoy y aquí – y no podría ser de otro modo – democracia de partidos y democracia representativa. Si los partidos no existiesen, habría que volver a inventarlos para hacer posible la expresión política del pluralismo social. Sin representación, por su parte, la democracia sería, en nuestra circunstancia, materialmente imposible. Partidos y representación son, pues, dos elementos imprescindibles para que el principio «básico» de nuestra Constitución pueda realizarse”.

<sup>298</sup> En este sentido, Torres del Moral (1982, p. 14) afirma: “Con el sufragio universal, al haber miles o millones de electores por circunscripción, parece inevitable que la representación se haga a través de organizaciones. Los partidos, dice Sartori, reducen a dimensiones manejables cifras que no lo son. Pero el hecho de casi monopolizar el proceso representativo lleva a los partidos a una posición de preeminencia funcional incluso sobre los órganos constitucionales del poder. Puede decirse, parafraseando a Hermann Finer, que el partido es verdaderamente rey de la situación y de la dinámica política. Y no olvidemos que Gramsci vio con agudeza en el partido la encarnación actual del príncipe de Maquiavelo”. En sentido similar, Juárez (2010, p. 229) afirma: “Así como los mandatos imperativos obligaban a los representantes a cumplir con unas instrucciones específicas, los legisladores modernos se ven obligados a cumplir con determinados ordenamientos, la mayoría de las veces no respecto a un mismo ideario, sino conforme a las órdenes o instrucciones provenientes del partido o de uno de sus dirigentes. En lugar de funcionar como intermediarios de la voluntad política de la sociedad y el Estado, se han convertido con el paso del tiempo en auténticos muros de separación entre los electores y los elegidos, existiendo entre unos y otros una relación muy distante (Pitkin, 1985, p.5)”.

En este orden de cosas destaca con nombre propio el diseño de un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas. Concebidas originariamente como un mecanismo electoral simple y fácil, en favor de una ciudadanía no familiarizada con los procedimientos electorales tras 40 años de dictadura, han terminado apartándose de su provisional propósito original. Es absolutamente desproporcionada la centralidad de los partidos en la elección de los cargos representativos. Dicho con otras palabras: la necesaria estabilidad del sistema de partidos en los inicios de la democracia española ha dado lugar al secuestro de los procesos electorales mediante las listas cerradas y bloqueadas. Todo ello, obviamente, con la connivencia de las élites políticas de los partidos mayoritarios, fuertemente refractarios a la reforma de una ley electoral hecha a su medida<sup>299</sup>.

La oferta electoral en la actualidad se compone hoy día principalmente de siglas, no de rostros (GARRORENA MORALES, 1991, pp. 66-7). Hoy día importa más la maquinaria del partido que los méritos o deméritos de los representantes<sup>300</sup>. La idoneidad de los representantes electos es enteramente dejada en manos de las cúpulas directivas de los partidos, impidiendo todo juicio valorativo por parte de los electores mediante la articulación de las listas electorales cerradas y bloqueadas<sup>301</sup>. Es el partido el que importa y quien decide libremente la continuidad o no del representante en función de intereses políticos y electorales. La cooptación, práctica habitual en los

---

<sup>299</sup> “Como no podía por menos de ocurrir, la LOREG también mantuvo un criterio continuista con respecto a las listas cerradas y bloqueadas. Después de las numerosas elecciones celebradas en 1977, las élites partidistas mal podían renunciar a los márgenes de maniobra y de certeza que esas listas les permitían. De hecho, la naturaleza de las listas no mereció siquiera una mención – y, menos aun, una enmienda- durante la tramitación parlamentaria de la LOREG (Santaolalla 1986, p.30). La «naturalidad» de las listas cerradas y bloqueadas estaba tan extendida entre las élites políticas que la LOREG ha eliminado incluso la referencia expresa a ellas que se contenía en la anterior normativa electoral: si antes se establecía claramente la obligación de votar a una lista sin introducir modificación alguna en su orden y en su contenido, ahora debe inferirse de varios de sus artículos”. (MONTERO; GUNTHER, 1994, pp. 36-7)

<sup>300</sup> cf. Vega, 1985, p. 38.

<sup>301</sup> Sobre las consecuencias que nuestro sistema electoral tiene sobre la relación partidos-candidatos electos, García Pelayo (2009, p.2006) afirma: “En este sentido la función de los partidos, en tanto que organizaciones políticas dirigentes de la sociedad, es proporcionar a los electores las ofertas de listas de personas entre las cuales han de elegir a sus representantes en las Cámaras, bien entendido que en la mayoría de los sistemas electorales el pueblo elige entre listas y no entre personas, es decir, entre partidos y no entre individuos, sin perjuicio de que los partidos incluyan entre sus listas a determinados personajes con prestigio en uno u otro distrito electoral o para una u otra elección. El resultado de las elecciones determina o condiciona implícitamente que partido o coalición de partidos ocupará el Gobierno y quien será su jefe. En las listas electorales son incluidas normalmente las personas que ya han realizado su *cursum honorum* dentro del partido y adquirido una posición relevante en la jerarquía interna de éste, es decir, el pueblo elige a las élites gobernantes entre las élites de los partidos, de modo que éstos constituyen el estadio previo, aunque decisivo, para la formación de las minorías gobernantes”.



partidos, es una elección que mediatiza la que posteriormente realiza el Cuerpo Electoral, máxime cuando los programas electorales son fuertemente centralizados (TORRES DEL MORAL, 1982, p. 14)

En el momento inicial de la relación de representación, la identificación se produce entre partido y siglas con el electorado. La visibilidad del candidato concreto queda en un segundo plano. El sujeto que se ofrece a representarnos en el Parlamento es, por tanto, el partido. Una abstracción que, dicho sea de paso, puede extenderse al espacio público en general (PORTERO MOLINA, 2009, p. 71). En este escenario el derecho de sufragio activo se torna un derecho con escaso contenido final y el derecho de sufragio pasivo pasa poco menos que a ser titularidad de los partidos políticos. La libertad política del elector y elegible es mínima, por no decir inexistente, al estar sometida a criterios partidistas ajenos a su voluntad.

La crítica de un sector de la doctrina al sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas se centra en tres aspectos esenciales: 1) Su escasa democraticidad al imposibilitar la elección no ya entre partidos, sino igualmente entre candidatos. El derecho de sufragio queda reducido a la mera ratificación de una lista electoral «prefabricada»; 2) El refuerzo de la centralidad de las oligarquías partidistas y la subordinación del parlamentario a los dictados del partido; 3) La despersonalización de la relación de representación. El elemento central en la orientación del sufragio pasa a ser el partido en detrimento del candidato. (MARTÍNEZ CUADRADO, 1983, p. 54; MONTERO y GUNTHER, 1994, p. 36; NAVARRO MÉNDEZ, 1999, p. 473; PAU I VALL, 2006, p. 158; SANTAOLALLA, 1986, pp. 29-43)

En el Estado de partidos la relación de representación es dual: partido-diputado, partido-elector<sup>302</sup>. Esta dualidad se ha desequilibrado en exceso en favor de

---

<sup>302</sup> En este sentido, Porras Nadales (1994, p. 45) afirma: “Por lo que respecta a la fase comunicativa transitiva del *mandato*, la interposición del diafragma del sistema competitivo de partidos conduce a una fragmentación del proceso de la representación en dos etapas o elementos: (a) la que vincula al elector con el partido cuya lista resulta elegida en el momento del acto electoral; y (b) la que vincula al diputado singularmente elegido con su propio grupo parlamentario. La primera de ellas se sigue moviendo en el marco característico de un mandato representativo donde, a pesar de la explicitación de unos contenidos específicos en el programa electoral, el representante (en este caso el partido) conquista una notable cuota de autonomía al margen de cualquier tipo de instrucciones imperativas, no cabiendo en ningún caso la revocación. En cambio, en la segunda etapa, la que vincula al diputado electo con el grupo político por el que ha resultado elegido, la intensificación de los mecanismos de disciplina interna impuestos por los partidos parece haber derivado efectivamente hacia un original modelo de mandato imperativo a favor del propio partido, que cuenta con elementos de control suficientes sobre el diputado de a pie como para

los partidos, provocado una notable pérdida de influencia tanto del elector cuanto del representante<sup>303</sup>. El modelo de representación *hiperpartidista* vigente, lejos de atender a la promoción del pluralismo de intereses, prima sus propios intereses y la conservación del poder (GARRORENA MORALES, 1991, pp.64 y ss; JUÁREZ, 2010, p. 230). Menospreciar la centralidad de los partidos en el *continuum* de la representación política, seguir reduciéndolos a meros proponentes de candidaturas electorales y retrasar las urgentes reformas que en materia electoral se precisan, es mantener una ficción inservible a la urgente reconfiguración de la representación política. Una suerte de *ilusión de los juristas* sobre la completa aprehensión de la Política por el Derecho.

Las funciones que los partidos desempeñan, otorgadas o sustraídas a otros actores, nos dan una visión más realista de la ocupación que han hecho del sistema democrático. Hacen la Constitución, aprueban las leyes, ejercen un inusitado monopolio en el ámbito electoral, son el Parlamento, conforman el Gobierno, controlan la Administración, dirigen empresas públicas y tienen total libertad para decidir el monto de su financiación pública. Unas organizaciones hiperactivas si nos atenemos a un mandato constitucional que solo contempla de forma expresa la actividad de «concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular». (GONZÁLEZ ENCINAR, 1992, p. 19)

El mandato representativo como garante de la libertad jurídica de ejercicio del representante en el ejercicio de su cargo se ha visto sustituido por un sucedáneo de *mandato de partido* materializado en la disciplina interna de voto<sup>304</sup>. El representante hoy día es en mayor medida portavoz del partido que de cualquier otra instancia, incluyendo a sus electores. Su vínculo es principalmente con el partido, de quien depende su permanencia en las listas y cualquier posible reelección. Así las cosas, el *mandato de partido* tiende a prevalecer sobre el mandato representativo. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 14-5; TORRES DEL MORAL, 1982, p. 14)

Las limitaciones que la disciplina de grupo introduce en la eficacia real de la libertad de mandato concita el intentar responder a la siguiente pregunta: ¿es contraria a

---

llegar a su cuasi-revocación ( entendiendo por tal la expulsión del propio grupo, y por supuesto la negación de cualquier tipo de apoyo futuro en el siguiente proceso electoral”.

<sup>303</sup>Cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, pp. 8 y ss.

<sup>304</sup> Cf. Porras Nadales, 1994, p. 15. En sentido parcialmente contrario, cf. Chueca Rodríguez, 1988, p.27.

la prohibición constitucional del mandato imperativo la aceptación de las directrices de las fuerzas parlamentarias y partidistas?<sup>305</sup>

La influencia que los partidos y su proyección institucional, el grupo parlamentario, tienen en la vida funcional de las instituciones representativas responde a la tentativa de racionalizar la vida parlamentaria y, en grado superior, a hacer visible la pluralidad ideológica inherente al Estado democrático. La relevancia de tales funciones implica la necesidad de mantener una estructura de funcionamiento interno coherente y cohesionada. Una circunstancia que imposibilita la absoluta independencia funcional del diputado frente al grupo parlamentario<sup>306</sup>. Genéricamente, las funciones del grupo parlamentario están orientadas en un doble sentido: relaciones parlamentario – grupo y grupo – partido. En las relaciones del parlamentario con el grupo la función de éstos es la coordinación de las actividades parlamentarias mediante la prestación de asistencia técnica y material. La pretensión no es otra que el logro de una cierta uniformidad de acción y defensa de las opiniones y la proyección de una imagen de partido sólido e ideológicamente reconocible.

La inclusión del representante en el grupo parlamentario busca la estabilización, concreción material y significado jurídico de las expectativas de una concreta representatividad socialmente relevante. Las relaciones grupo – partido están orientadas a la representación por el grupo parlamentario de la línea ideológico-programática del partido. Un hecho que introduce un complejo entramado de relaciones entre ambos (COLLIARD, 1981, pp. 252 y ss; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 55; PRESNO LINERA, 2000a, p. 112).

---

<sup>305</sup>En este sentido, Vidal Prado (1995, p. 61) afirma: “La realidad es que, aunque la letra de la Norma Fundamental hable del mandato representativo, los partidos políticos han ido cobrando día a día mayor protagonismo, y controlan cada vez más aspectos de la vida democrática de los países occidentales. La propia disciplina de los partidos y su funcionamiento está introduciendo matices muy importantes a la filosofía del mandato representativo, lo cual ha motivado que se haya hablado de pseudo-mandato imperativo o mandato de partido, surgiendo dos tipos de relaciones: partido-elector y partido-diputado”.

<sup>306</sup> En este sentido, Presno Linera (2000a, p. 171) afirma: “La primacía de los partidos en la vida de las instituciones representativas se ha consolidado gracias a la utilización de dos poderosos instrumentos de influencia sobre los parlamentarios, a través de los cuales se articula una férrea disciplina, sobre cuya idoneidad jurídica se puede discutir, pero que asegura una inequívoca eficacia práctica. Nos referimos a sus estatutos y a los de los Grupos Parlamentarios, disposiciones que, como es obvio, no se imponen a las normas constitucionales y legales que regulan la organización y funcionamiento de las Cámaras, pero que aseguran la subordinación de los parlamentarios en el cumplimiento de las instrucciones emanadas del partido, bien de forma directa o por la mediación que constituye el Grupo Parlamentario, que a estos efectos desempeña el papel de auténtico «caballo de Troya» del partido en las filas de los parlamentarios”.

La práctica política muestra un escenario en el que los partidos influyen sobremanera en la organización parlamentaria. Es bien sabido que las Cámaras, como se dijo en el párrafo precedente, se organizan de acuerdo a una división ideológico-programática que tan solo los partidos son capaces de alimentar. Aun cuando partidos y grupos parlamentarios tienen personalidad jurídica y voluntades diferentes, el hecho de que estos últimos se nutren de los candidatos que concurren mediante las listas electorales presentadas por los partidos, los convierten en el instrumento de permanencia del partido en la institución parlamentaria, siendo tenidos por sub-unidades de los mismos en el ámbito parlamentario. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 55-6)

En este contexto de preponderancia representativa de partidos y grupos parlamentarios frente a los diputados, no resulta inapropiado el reconsiderar la vigencia material de la prohibición de mandato imperativo<sup>307</sup>. Tema complejo, ha sido objeto de valoraciones desiguales por parte de la doctrina. Para Blanco Valdés, la prohibición tiene por pretensión no su función originaria – dificultar el clientelismo político en el Estado liberal – sino la imposición de barreras al dominio de los partidos en el Estado democrático al ser éstos los verdaderos centros de coordinación, dirección e inducción del voto de los representantes y, en definitiva, los elementos vertebradores de la opinión de los electores en sede parlamentaria. La prohibición del mandato imperativo es, para aquel, un elemento corrector del mecanismo democrático (BLANCO VALDÉS, 1990, p. 95). Contrariamente, Presno Linera afirma la virtualidad del mandato representativo como reducto último de la libertad del parlamentario para mantenerse leal a la representatividad política que porta. Una representatividad que tiene por objeto traducir en sede parlamentaria el pluralismo político inherente al Estado democrático y dar contenido continuo al derecho de participación del art. 23 CE (PRESNO LINERA, 2000a, pp. 147-151).

El mandato libre impide la ejecución coactiva de las directrices del grupo parlamento como garantía de libertad jurídica del diputado. Instituye un área de libertad

---

<sup>307</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 55) afirma: “No cabe duda del protagonismo que han asumido los grupos parlamentarios, que han acabado convirtiéndose en los actores políticos sustituyendo a los parlamentarios y no convirtiéndose en apoyo de los parlamentarios para el ejercicio de sus funciones. El Parlamento parece haberse convertido en lugar de acatamiento disciplinado y difusión de las decisiones tomadas en el seno de los partidos y de medio de legitimación del sistema”.

negativa que “garantiza” la libre actuación del diputado<sup>308</sup>. En opinión de Morales Arroyo esta libertad de actuación, afectada por la preeminencia funcional de los grupos garantizada normativamente y sujeta a otras dinámicas extra-jurídicas, no ha de suponer, sin más, la imposibilidad de adhesión voluntaria del diputado a las decisiones del grupo del cual forma parte (MORALES ARROYO, 1990, pp.288-9).

El grupo parlamentario puede ejercer labores de control y condicionar muchas de las iniciativas de los diputados, llegando inclusive a propiciar la expulsión de los *díscolos*. Una sanción política que en caso alguno implica la pérdida de la condición de parlamentario, a pesar de las referencias estatutarias en este sentido. Pero no es menos cierto que el diputado, como miembro del grupo parlamentario, puede influir en la toma de decisiones de aquél. Si bien es el grupo el que establezca los criterios de decisión en los grandes temas, la lógica de la división del trabajo permite al diputado emitir opiniones influyentes en asuntos específicos que precisan de un análisis decisional inaccesible al grupo (SANTAOLALLA LÓPEZ, 1992, p. 98).

La libertad de mandato se ve igualmente afectada por la disciplina de voto, otro concepto resistente a una valoración uniforme por la doctrina. Para Jean Claude Colliard la disciplina de voto contribuye al normal funcionamiento de las instituciones representativas. En primer lugar, supone la simplificación de la representación. Hoy día el Parlamento se compone de la presencia de unos cuantos grupos disciplinados y coherentes que facilita la comprensión por el Congreso de las propuestas a debatir o desconsiderar. En segundo lugar, un argumento igualmente relevante es la elección de los diputados en función de su pertenencia a un partido y la identificación del electorado con el programa partidario. Respetar la voluntad del electorado implica necesariamente respetar la voluntad del partido. Por último, se esgrime la función de estabilización de la labor de gobierno mediante el apoyo al programa electoral de éste, evitando la indeseada inestabilidad gubernamental. (COLLIARD, 1981, pp. 261-2).

---

<sup>308</sup> No faltan voces como la de Ramón Punset para quien la libertad de actuación del diputado no es consecuencia de la prohibición del mandato imperativo sino de la titularidad del escaño, al no afectar la prohibición a la dinámica de las relaciones entre diputado y partido. La estructura y funcionamiento de las Cámaras descansa y se proyecta sobre la actuación de los Grupos parlamentarios minimizando las atribuciones del candidato individualmente considerado. Cf. PUNSET, 1992, pp. 128-9.

La disciplina de voto, presente en la mayoría de los Estatutos partidistas, ha convertido *de facto* al representante en proyección individual del grupo parlamentario<sup>309</sup>. Es bien sabido que la desobediencia a las directrices de actuación y voto del Grupo Parlamentario suele saldarse con la imposición de determinadas sanciones al parlamentario que, de ser consideradas muy graves, pueden acabar acarreado la expulsión del grupo y la posible pérdida de un futuro político. Frente a estas reglas del juego, el mandato libre funciona como último límite y garantía del funcionamiento democrático del sistema. El diputado debe disponer de un espacio libre de injerencias en el ejercicio del voto frente a sus obligaciones partidarias. La virtualidad final del mandato libre es, en definitiva, y como sabiamente dejó por escrito García Pelayo (1986, p.100) “ [...] una decisión personal en la que se sopesarán las lealtades, valores y roles en conflicto, así como los costes políticos de la decisión entre los que, en la mayor parte de los casos, se contará la exclusión de la clase política”.

Que la disciplina de voto es un elemento que cumple un cierto papel racionalizador y simplificador de la vida parlamentaria nadie lo pone en duda. Que contribuye a preservar la estabilidad de las mayorías parlamentarias y del Gobierno es igualmente cierto<sup>310</sup>. Sin embargo, no compartimos la idealización del mismo frente a la demonización de la libertad de voto. Dicha conclusión supondría admitir que la libertad de voto tiene un fin exclusivamente obstruccionista de los “siempre cristalinos” intereses del partido, procurando impedir la aprobación de leyes y poniendo en jaque la propia pervivencia del Gobierno.

Primeramente, resulta difícil pensar en la no aprobación de un proyecto de ley por el voto en contrario de algún o algunos diputados. En segundo lugar, si bien es cierto que a las Cámaras les compete el enmendar las propuestas legislativas del Gobierno, no es menos cierto que éste puede retirarlas cuando no se sintiere identificado con las mismas tras las reformas, siempre que no se hubiere procedido a su votación final en el Congreso (art. 128 RCD). Dicho en otros términos: el Gobierno cuenta con mecanismos reactivos más que suficientes para minimizar los “perniciosos” efectos del voto libre. El ejercicio de la representación ha de aceptar la existencia de discrepancias

---

<sup>309</sup> Izquierda Plural, IU, CIU y UPyD no regulan expresamente en sus Estatutos la disciplina de voto, otorgando un amplio margen de libertad de voto a sus diputados. PSOE y PP, por el contrario, imponen la disciplina de voto entre sus diputados.

<sup>310</sup> En este sentido, cf. Aragón Reyes, 2008, p. 151.

ideológicas esporádicas en el seno del propio partido ante un cambio en las circunstancias o coyunturas políticas imprevistas y sin que por ello deba temerse por la estabilidad de las mayorías parlamentarias.

Otro escenario en el que la libertad de voto puede resultar saludable para la vida política de las instituciones es en el supuesto de adopción por el Parlamento de decisiones de alto calado institucional. Claros ejemplos de ello son la Corona, el nombramiento de determinadas magistraturas por el sistema de mayorías cualificadas o el procedimiento de revisión constitucional, temas sobre los cuales pueda no existir homogeneidad en el seno de los partidos, los electores no se han podido pronunciar expresamente ante su ausencia de los programas electorales o bien existan diversas sensibilidades entre el electorado (ORTEGA SANTIAGO, 2005, pp. 65-6). Una alternativa sugerente, puesta en práctica en democracias consolidadas, es la de otorgar libertad de voto a los diputados en todas aquellas cuestiones no esenciales al programa político, si con ello entiende que el sentido de la votación impuesto violenta su conciencia o traiciona, a su entender, el propio programa electoral del partido (ARAGÓN REYES, 2008, p. 151).

Reconocida y admitida la relevancia funcional que tienen en el ejercicio del poder político y la articulación del principio democrático – una de cuyas vías de expresión preferente es el derecho de participación representativa<sup>311</sup>-, los partidos no pueden en modo alguno ser titulares del derecho ni protagonistas desmedidos de la representación política. La relación de representación ha de restablecerse preferentemente entre los candidatos electos y el Cuerpo Electoral<sup>312</sup>. Los partidos han

---

<sup>311</sup>Vid. arts. 163.1 c) y e), 180, 201.3 y 216 LOREG.

<sup>312</sup>En este sentido, Santaolalla Gómez (1986, p. 31) afirma: “Pero el reconocimiento de su necesidad [de los partidos] no puede olvidar su naturaleza de instrumento, según el término empleado en la disposición comentada [el art. 6 CE]. El partido político no es un fin en si mismo, sino medio, todo lo importante que se quiera, pero medio al fin y al cabo, para la participación de los ciudadanos en la vida del Estado, propiciando «la formación y manifestación de la voluntad popular», como también dice el repetido artículo. De esta forma, en ningún momento el partido político desplaza al pueblo o conjunto de ciudadanos como sujeto pasivo de la representación institucionalizada. El representado sigue siendo este último, bien que su actuación se articule por medio de los partidos, que adquieren así – nada más, pero tampoco nada menos – el valor de cauce esencial en el sistema constitucional. Diferencia de reconocimiento que se corresponde en todo con la entidad de ambas realidades, pues parece indiscutible que en la democracia la única realidad sustantiva es la de los individuos, no la de las organizaciones destinadas a servirles”.

de ser vehículos de expresión de la representatividad política y mediadores necesarios en su articulación. Pero en modo alguno arrogarse para sí la representación *de facto*<sup>313</sup>.

Es la exigencia de la realización del interés general la fuente última de legitimidad de los partidos políticos, determinable por la concurrencia de voluntades que a través de la contienda electoral procuran convertir su particular visión política en general (CHUECA RODRIGUEZ, 1988, p. 32). La conflictividad propia de las sociedades democráticas y los incesantes cambios en la coyuntura política impide la confluencia continua de intereses entre electores y partido. La tensión entre electores y partidos es inevitable y circular en el campo de la representación política. El representante ha de poder contar con la posibilidad jurídicamente garantizada de defender los intereses del Cuerpo electoral frente a los propios del partido cuando se produzca dicha dicotomía de intereses<sup>314</sup>. Las intenciones partidistas no son siempre conocidas por la sociedad, originando instituciones refractarias a las demandas y control de la ciudadanía.

La crisis de representación es en gran medida consecuencia directa de la transformación operada por los partidos. De su condición de elementos de cohesión entre la sociedad y el Estado han pasado a la ocupación irresistible de las instancias representativas. No solo son los protagonistas absolutos de la conformación de la voluntad general a través del diseño de un régimen electoral centrado en ellos sino que, además, han ocupado jurídicamente las instituciones de representación al minimizar políticamente la libertad de actuación del representante individual. En este escenario, el derecho de participación política de los ciudadanos carece de contenido final al resultar disfuncional en el logro de la libertad política. Ni el ciudadano es libre para elegir a los

---

<sup>313</sup>En este sentido, García Roca (2009, p. 46) afirma: “Mas los partidos políticos, por definición, no pueden ser titulares del derecho de sufragio pasivo, ni del paso ulterior que es el ejercicio del cargo por un candidato electo después de su toma de posesión. Pues éste es un derecho que integra el estatus individual de la ciudadanía y que no puede corresponder a las personas jurídicas partidarias por su misma naturaleza. Los partidos son «instrumentos», - como determina la Constitución en su artículo 6 -, es decir, «mediadores» de los que nos servimos para construir la representación política. La representación política no se agota en los partidos políticos - [...] - aunque pase inexorablemente por ellos”.

<sup>314</sup> En este sentido, Vallespín (2011, p. 11) afirma: “La percepción que se va abriendo paso es que los políticos conforman una especie de nueva *nomenklatura*, más atenta a sus intereses de partido que a los intereses generales; más fijada en oponerse a su adversario - con quien a la vez se identifica como miembro de la propia clase - que en clarificar los problemas comunes y buscarles solución. [...]. La acusación revierte siempre sobre lo mismo: los partidos se guían más por sus intereses electorales, por quedar bien con su clientela potencial, que por ejercer el liderazgo; se sienten presos de los estados de ánimo de la ciudadanía sin darse la posibilidad siquiera de tratar de transformarlos haciendo pedagogía sobre qué es en realidad lo que conviene al país”.



representantes que considere más adecuados – a excepción, como veremos, de la *trampa* del Senado – ni el representante electo puede desarrollar sus funciones sin pender sobre él la espada de Damocles de la férrea disciplina de partido.

Este es el complejo escenario político actual. La revitalización funcional del derecho de participación representativa requiere de una serie de medidas que posibiliten la superación de la innegable brecha representativa. La idea de partida es clara: la representación es un valor irrenunciable en las democracias contemporáneas, afirmación que conlleva la mediación necesaria de los partidos para su materialización. Ello supone paralelamente el rechazo de fórmulas políticas exclusivamente basadas en la democracia de identidad o directa<sup>315</sup>. Denigrar la democracia representativa no es la solución. Se precisa repensar la relación de representación entre sus actores principales, los electores y los representantes, y los elementos de cohesión entre la sociedad y el Estado: los partidos políticos.

Es preciso reelaborar las soluciones a los problemas globales que aquejan las relaciones entre la sociedad y el Estado. En esta tarea deben tenerse en cuenta los dos factores elementales en los que descansa el mecanismo de la representación pública: garantizar una mayor y más decisiva participación y presencia ciudadana en las esferas institucionales del Estado haciéndolo de forma compatible con unos adecuados niveles de gobernabilidad que aseguren la acción política de forma continuada y estable. La acción política es prerrogativa de unos ciudadanos que, de perderla, pasará a ser ejercida por unos *profesionales* de la política preferentemente interesados en la satisfacción de sus intereses personales frente al interés común.

---

<sup>315</sup>En sentido similar, Greppi (2005, p. 160) afirma: “Sin representación no hay democracia. Dos siglos de imperfecta experiencia democrática demuestran que no hay democracia, ni antigua ni moderna, sin mediaciones representativas. Demuestran, en otras palabras, que el valor de la democracia no depende de la intensidad de la participación, y, por tanto, de la distancia entre gobernantes y gobernados, sino de la calidad de las mediaciones que pueda producir el sistema político”. Análogamente, Juárez (2010, pp. 238-9) afirma: “Resulta claro que apelar a sistemas diferentes de la democracia, en los cuales puedan ser suprimidas las instituciones de las que se compone, como el Parlamento o los partidos políticos, de ninguna forma puede verse como una posible solución a la crisis de legitimidad democrática. Las consecuencias de la supresión de los parlamentos pueden provocar, por el contrario, la instauración de regímenes totalitarios”.

### 3.2 UNA CONSECUENCIA COLATERAL ESPECIALMENTE CONFLICTIVA DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL «CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO»: EL TRANSFUGUISMO POLÍTICO.

La representación es objeto de derecho fundamental en el art. 23.1 CE. El contenido del derecho fundamental a la participación representativa implica establecer un vínculo entre el ciudadano representado y el estatus jurídico del cargo público representativo. No han de caber mediaciones impeditivas de la actualización de la participación de los ciudadanos. Dicho en otros términos: ese espacio de libertad jurídica de actuación impide que el parlamentario pueda ser privado de su mandato por el partido político. La concreción de la voluntad popular en Derecho es tarea que no corresponde exclusivamente a los partidos políticos y los Grupos Parlamentarios. La constitucionalización del mandato representativo y otras prerrogativas atribuidas al representante le sitúan en una posición *competitiva* con las formaciones políticas en la articulación de las demandas sociales y su traducción en normas jurídicas. (ORTEGA SANTIAGO, 2005, p. 40; SEIJAS VILLADANGOS, 2000, pp. 163-5)

En este modelo de representación se han insertado unos partidos políticos tenidos constitucionalmente como expresión del pluralismo político, organizaciones concurrentes a la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales de la participación política (art. 6 CE). Los partidos se caracterizan en primer lugar por desempeñar las funciones propias de la mediación relacional de los procesos representativos a través de las elecciones periódicas. A través de los procesos electorales, instrumentalizan la participación política de los ciudadanos al haber recibido el mandato expreso del legislador orgánico de conformar internamente y presentar al electorado las candidaturas. Igualmente concurren a la formación de la voluntad popular al agrupar el conjunto de las demandas, expectativas y orientaciones ideológicas en los programas electorales. Por último, de los resultados electorales surgirá aquella fracción de la voluntad popular mayoritaria que traducirá sus expectativas e ideologías en normas a través de las instituciones parlamentarias, de acuerdo al principio de la mayoría y desde el respeto a las minorías.

Aquí no se agotan las funciones de los partidos en la democracia representativa. La propia naturaleza de los partidos como asociaciones privadas y, sobre

todo, la esencia y composición de la institución parlamentaria impide a los partidos la posibilidad de actuar directamente en el Parlamento. La continuidad funcional de aquellos una vez concluido el proceso electoral precisa de la intermediación individual de los diputados así como de los Grupos Políticos en sede parlamentaria.

No hay duda que la articulación democrática de la representatividad precisa inexcusablemente de los partidos políticos en un doble sentido: como cauce de expresión de la sensibilidad política de los distintos sectores de la sociedad y como correas de transmisión de la voluntad popular a las instituciones estatales (PRESNO LINERA, 1998, p.118). La preeminencia de los Grupos sobre el representante individual es clara al ser las iniciativas legislativas más relevantes prerrogativa de los Grupos. Esta preeminencia es susceptible de ser atemperada.

La función de mediación de la participación política corresponde exclusivamente a aquéllos. La formación del Grupo Parlamentario es consecuencia de la voluntad individual de los representantes. Asimismo, las decisiones de aquél se adoptan por la mayoría de los miembros. Los representantes individualmente considerados son, por tanto, portadores de una *fracción de representación* autónoma y propia. La consecuencia más relevante es que los representantes no solo concretarán la representación política en el momento de adopción de las resoluciones. Ejercerán igualmente dicha representación como actualizadores de la participación de los ciudadanos al utilizar las prerrogativas parlamentarias que le son propias. (CAAMAÑO RODRIGUEZ, 1992, p. 138; ORTEGA SANTIAGO, 2005, p. 58)

En esencia, son tres los problemas con incidencia directa en el mandato libre del art. 67.2 CE que plantea la constitucionalización y la relevancia funcional de los partidos. Un primer problema es la determinación de los límites de la actuación de los partidos al proceso electoral o la extensión de su función a los órganos representativos del Estado. Una segunda cuestión es la posible concurrencia entre partidos y representantes individuales en la función mediadora de la representación o, por el contrario, si es función exclusiva de los partidos. Y, por último, la problemática del grado de vinculación de los partidos y representantes a la voluntad general formada y expresada por aquellos. Se trata de discernir si la relevancia funcional mediadora e instrumentalizadora de la conformación de la voluntad popular y la representación política en sede parlamentaria justifican la disciplina de partido y sus variantes políticas

o jurídicas o, si por el contrario, ha de primar la libertad jurídica de actuación del representante individualmente considerado en aras a garantizar una actuación reglada y ordenada de la política. (ORTEGA SANTIAGO, 2005, p.56)

Ya adelantamos a tal respecto nuestro posicionamiento, que procuraremos motivar a lo largo del presente epígrafe. En este contexto político de *hiperactivismo* partidista el mandato representativo funciona como garante del pluralismo social al garantizar la libertad del proceso político en un doble sentido. En primer lugar, en el interior de los partidos contribuyendo a evitar la extrema oligarquización de las cúpulas dirigentes. En segundo lugar, en el ámbito parlamentario al instituir un procedimiento plural y colegiado. La libertad del parlamentario frente a la disciplina del partido actualiza el principio democrático en una doble dimensión: en sede parlamentaria, al actuar frente al monolitismo ideológico de los partidos; en sede interna, al erigirse como barrera frente a las naturales tendencias oligárquicas intra partidistas e impidiendo la pérdida total de independencia de criterio del diputado frente a directrices contrarias de la organización.

En el ámbito normativo las tensiones en materia de representación entre partidos y representantes surgieron entre el art. 11.7 de la Ley de Elecciones Locales de 1978 y los arts. 23.2 CE en conexión con el 67.2 CE<sup>316</sup>. La letra de la ley afirmaba que el abandono o la expulsión del partido daban lugar a la pérdida del mandato. Con ello se permitía al partido crear el supuesto de hecho que diese lugar a la pérdida del mandato. El art. 11.7 LEL fue un intento poco afortunado de abortar las prácticas de transfuguismo político.

El TC - Sentencias 5/83, 10/83, etc... - declaró inconstitucional el artículo 11.7 LEL al entender que colocaba en manos del partido la posibilidad de crear el supuesto de hecho que producía el cese en el ejercicio del cargo público. Dicho con otras palabras: el Alto Tribunal decidió en favor de la vigencia del mandato

---

<sup>316</sup>En este sentido, Navarro Méndez (2000, p. 32) afirma: “Los problemas que planteó en su momento la aplicación de este precepto se referían – dentro de las posibilidades que cabían dentro de la expresión «dejare de pertenecer al partido que lo presentó» - a los supuestos de *expulsión* por parte de un partido de quien hasta ese momento era concejal en un ayuntamiento, circunstancia que suponía, al amparo de esa norma, que aquél debía abandonar su cargo de representación para ser sustituido por el siguiente en la lista electoral en la que hubiese incurrido. En definitiva, la Ley de Elecciones Locales [...] planteaba una determinada visión de la relación representativa en la cual el partido, y no el candidato electo, pasaba a erigirse en el protagonista, situándose al lado opuesto de una línea imaginaria que le uniría con los electores”. *Vid.* STC 289/2006, F.J. 6º.

representativo del 67.2 CE en conexión con el derecho reconocido a los representantes del art. 23.2 CE. Son los representantes, dijo el TC, quienes dan efectividad al derecho de participación del art. 23.1 CE y no los partidos políticos. Aún cuando ejercen funciones de especial trascendencia no son titulares de los derechos de participación política. Unos derechos de titularidad exclusivamente ciudadana. El derecho del art. 23.2 CE implica *ius in officium*, es decir, un derecho no solo de acceso sino de permanencia en el cargo cuya práctica no puede depender *in extremis* de los partidos. Para el TC no cabe la apropiación por el partido del mandato otorgado por el Cuerpo Electoral al candidato electo.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en líneas generales el Alto Tribunal durante más de 25 años<sup>317</sup>. Bien es cierto que el TC (Sentencias 24/1989, 174/1991, 31/1993, entre otras) ha ido reconociendo la especial relevancia de los partidos en la democracia representativa, en particular para impedir los excesos. Pero de dicha variación no puede en modo alguno interpretarse una abrogación de la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad del 23.2 CE y el mandato representativo<sup>318</sup>. Una línea jurisprudencial que recibió un nuevo espaldarazo con ocasión de la Sentencia 298/2006, conocida como Acción Popular Burgalesa. De nuevo el TC insistió con especial

---

<sup>317</sup> La continuidad jurisprudencial es afirmada en la STC 298/2006, F.J. 4º en los siguientes términos: “[...] el art. 23.2 CE enuncia el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. De este modo, el derecho de participación política, en sus distintas manifestaciones, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional, “los ciudadanos”. Esta referencia genérica a los ciudadanos viene matizada por la exigencia del cumplimiento de “los requisitos que señalen las leyes”, lo que se traduce en que el acceso a los cargos públicos representativos corresponde a los ciudadanos que, reuniendo los requisitos de capacidad, no estén incurso en causa de inelegibilidad (STC [45/1983](#), de 25 de mayo, FJ 1). Y, de otra parte, porque las manifestaciones de este derecho relativas a la permanencia y al ejercicio de los cargos públicos representativos sólo corresponden “al grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de las diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular” (STC [71/1994](#), de 3 de marzo, FJ 6). Que se trata de un derecho *uti cives*, con las matizaciones expresadas, ha sido declarado en una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual se trata de un derecho que 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 o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC [53/1982](#), de 22 de julio, FJ 1; [5/1983](#), de 4 de febrero, FJ 4; [23/1983](#), de 25 de marzo, FJ 4; [51/1984](#), de 25 de abril, FJ 2; [63/1987](#), de 20 de mayo, FJ 5; y con especial referencia al apartado segundo del art. 23 CE, la STC [36/1990](#), de 1 de marzo, FJ 1)”.

<sup>318</sup> La STC 31/1993, F.J. 3º hizo la siguiente afirmación: “Esa jurisprudencia 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 la del mandato imperativo (art. 67.2 C.E.)”. Cf. Navarro Méndez, 2.000, pp. 36 y ss.

contundencia en el límite irresistible que supone para los partidos la titularidad exclusivamente ciudadana del derecho del art. 23.2 CE<sup>319</sup>.

Los partidos pueden interponer amparo en defensa de sus legítimos intereses, pero en modo alguno pueden remover a los cargos electos ante los supuestos de expulsión o abandono del partido político<sup>320</sup>. Quedó fijada la idea de que la opción política de nuestra Constitución es la unión entre representación y mandato libre. No es constitucionalmente legítimo que si todos los poderes emanan del pueblo los partidos políticos, asociaciones *sui generis* nacidas del derecho de asociación, dispongan de la facultad de cesar a un representante. Este es un límite irresistible en el proceso representativo.

La consecuencia colateral más polémica de la línea jurisprudencial del Alto Tribunal fue, ha sido y es la entrada en el escenario político del transfuguismo. Una cuestión polémica que mantiene dividida a la doctrina en dos posiciones antagónicas que merecen ser sucintamente definidas.

Para Jorge De Esteban, nuestra CE se situó a medio camino entre el concepto liberal burgués de representación y el incipiente Estado de partidos español. Una ambigüedad que permitió por vía legal y consolidación jurisprudencial la aparición del fenómeno del transfuguismo. Si bien el art. 67.2 CE ilustra el concepto clásico de representación basado en el mandato libre no es menos cierto que la letra del art. 6 CE insta un modelo de representación basado en los partidos. El art. 23 CE refuerza lo

---

<sup>319</sup> En este sentido, la STC 298/2006, F.J. 4 afirma: “el art. 23.2 CE enuncia el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. De este modo, el derecho de participación política, en sus distintas manifestaciones, lo ostentan sólo, según el dictado del propio precepto constitucional, “los ciudadanos”. Esta referencia genérica a los ciudadanos viene matizada por la exigencia del cumplimiento de “los requisitos que señalen las leyes”, lo que se traduce en que el acceso a los cargos públicos representativos corresponde a los ciudadanos que, reuniendo los requisitos de capacidad, no estén incurso en causa de inelegibilidad (STC [45/1983](#), de 25 de mayo, FJ 1). Y, de otra parte, porque las manifestaciones de este derecho relativas a la permanencia y al ejercicio de los cargos públicos representativos sólo corresponden “al grupo minoritario de ciudadanos a los que el resto de los mismos encomienda periódicamente el ejercicio de las diversas y plurales manifestaciones de la soberanía popular” (STC [71/1994](#), de 3 de marzo, FJ 6). Que se trata de un derecho *uti cives*, con las matizaciones expresadas, ha sido declarado en una muy reiterada doctrina de este Tribunal, de conformidad con la cual se trata de un derecho que 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 o entes, como los sindicatos o los mismos partidos políticos (SSTC [53/1982](#), de 22 de julio, FJ 1; [5/1983](#), de 4 de febrero, FJ 4; [23/1983](#), de 25 de marzo, FJ 4; [51/1984](#), de 25 de abril, FJ 2; [63/1987](#), de 20 de mayo, FJ 5; y con especial referencia al apartado segundo del art. 23 CE, la STC [36/1990](#), de 1 de marzo, FJ 1)”.

<sup>320</sup> *Vid.* STC 185/1993, F.J. 5º; 289/2006, F.J. 6º *in fine* y 7º.

anteriormente dicho ya que, dejando al margen la participación directa, solo cabe la participación representativa por medio de representantes que, según el propio art. 6 CE, deben pertenecer a partidos políticos. Por último, el art. 68.3 CE, al instaurar la representación proporcional en las elecciones al Congreso refuerza el modelo de participación por medio de partidos. (ESTEBAN, 1990, pp. 19 y ss)

Frente al mandato representativo, ha de oponerse el «mandato ideológico», versión actualizada del mandato imperativo. Los parlamentarios son elegidos por su pertenencia al partido político debiendo ser coherentes con la afiliación. En este principio descansa, en mayor medida que en el mandato representativo, la normalidad funcional de unas Cámaras articuladas en Grupos Parlamentarios. Paralelamente, los Reglamentos de las Cámaras instituyen la regla general de la publicidad en el voto. Ello implica la exigencia de la disciplina de voto. El secreto del voto en el proceso legislativo conllevaría una posible disfuncionalidad de las Cámaras. (ESTEBAN, 1990, pp. 19 y ss)

La conclusión que cabe extraer de los argumentos aquí reproducidos es obvia: la elección formal recae sobre la persona, pero la elección real recae sobre el partido, quien por coherencia debe representar al sector social que le otorgó su confianza y no al conjunto de la nación. En esta modalidad renovada de mandato imperativo no hay cabida para el fenómeno del transfuguismo. Aquel parlamentario que abandona el grupo político por el cual fue elegido debería abandonar igualmente el Congreso o Senado, dando paso al suplente de la lista electoral. (ESTEBAN, 1990, pp. 19 y ss)

Tres son las principales críticas realizadas a la línea jurisprudencial seguida por el TC. En primer lugar, la doctrina del Alto Tribunal introduce una discordancia entre representación jurídica y representatividad política, es decir, entre Derecho y realidad. En un Estado de partidos como el español las personas votan partidos e ideologías y no personas físicas o candidatos. En esta línea argumental se mueve Presno Linera, para quien los partidos no solo son cauce fundamental en la articulación democrática de la representación. También lo son de la representatividad. Su organización y funcionamiento ha de perseguir una óptima realización democrática de la representatividad. La titularidad del cargo representativo confiere una habilitación normativa para la expresión de la representatividad dada por los electores. Los titulares no son dueños de esa representatividad sino más bien un instrumento al servicio de

aquella. La pretensión de asegurar la fidelidad y lealtad electoral de los parlamentarios es exigencia consustancial al sistema representativo democrático. No puede obviarse que las modernas democracias precisan de la agrupación en Grupos Parlamentarios de los electos para el desempeño del cargo representativo. Es una fórmula jurídicamente válida para materializar racionalmente una concreta representatividad. (PRESNO LINERA, 1998, pp. 118-20)

En opinión de Presno, la regulación en el Reglamento del régimen jurídico de las corporaciones locales y la legislación electoral correspondiente de la pérdida del mandato por el abandono voluntario por el representante del partido o Grupo Político no solo no contravendría la expresión de la representatividad política sino que contribuiría a favorecer su expresión. Refuerza esta afirmación la propia configuración de un sistema electoral en el cual los votos de los ciudadanos se otorgan a las candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores. En consecuencia, la condición de representante se conecta a la lista de candidatos en un determinado proceso electoral. De producirse el abandono voluntario desaparecería la conexión con la representatividad política articulada por la candidatura a la cual se pertenece. Un hecho que puede justificar la pérdida del escaño que posibilitaba la expresión de esa representatividad política. (PRESNO LINERA, 1998, pp. 124-6)

Sin dejar de merecer atención y reconociendo las razones de tales críticas, discrepamos de las conclusiones en favor del mandato ideológico o de partido. No hay duda de que en buena medida la ideología y el partido como un todo pesan en la decisión electoral de los votantes. No es, sin embargo, el único argumento tenido en cuenta a la hora de emitir el sufragio. Los partidos cuidan en gran medida la elección del candidato que encabeza las listas electorales atendiendo, entre otros factores, a su liderazgo y conexión con los electores. Aquellos procuran evitar colocar al frente de las candidaturas a candidatos de baja notoriedad electoral ante los miedos a resultados adversos. Son múltiples las pruebas de que el electorado suele castigar a candidatos que les resultan escasamente atractivos o desconocidos. El grado de visibilidad y conocimiento del candidato tiene cierto peso como criterio de decisión del sufragio. Existe una incuestionable sinergia entre su capacidad y liderazgo y la posición que ocupa en las listas electorales (GARCÍA ROCA, 2009, p. 64).



Sobre la configuración de nuestro sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas, nos remitimos a nuestro análisis en el apartado anterior. Simplemente reiteramos la necesidad de una reforma electoral que permita al elector la libre elección de los candidatos. Los beneficios de este procedimiento superan con creces a las críticas doctrinales sobre las luchas *particidas* y prácticas clientelares<sup>321</sup>. ¿Acaso tales luchas fratricidas no se producen en la actualidad en el interior de los partidos? Sobre el clientelismo, a cualquiera se le viene a la cabeza un sinfín de ejemplos sin mayor esfuerzo.

No se pretende caer en el simplismo de afirmar que de un cambio en el sistema de listas se vayan a eliminar de un plumazo las disfunciones que afectan hoy día a nuestro modelo representativo. Sí se entiende que la mejora de la calidad de nuestra maltrecha democracia representativa requiere, entre otras medidas, de la reforma electoral que haga del ciudadano el eje de los procesos electivos en un doble sentido: a) a nivel intrapartidista, fortaleciendo la influencia de las bases en la elección de los candidatos y; b) a nivel electoral, permitiendo la selección libre y directa de los candidatos a representantes mediante el sistema de listas abiertas.

La titularidad del mandato ha de continuar correspondiendo al candidato electo. La democracia representativa precisa indudablemente de los partidos, pero el desempeño de funciones públicas es ocupación propia de ciudadanos activos, personas físicas dispuestas a ejercer el poder del Estado en calidad de titulares de la función representativa y cuya libertad jurídica ha de encontrarse mínimamente garantizada.

La función elemental del Derecho constitucional es la limitación del poder. Evitar la concentración del poder es *conditio sine qua non* de la libertad política. Las democracias contemporáneas tienen su moderno Príncipe, el moderno soberano encarnado en el sistema de partidos. Limitar el poder de los partidos es función principal de la producción normativa. La hipotética conversión del mandato representativo en mandato ideológico supondría un riesgo excesivo para la propia democracia. En los partidos españoles el ejercicio del poder se concentra en las cúpulas

---

<sup>321</sup>En este sentido, Salazar Benítez (1.999, p. 316) afirma: “[...] no podemos olvidar el riesgo que conlleva el voto preferencial de prácticas clientelares entre electores y partidos y de tendencias fraccionalistas en el interior de los mismos. Aquél además suele beneficiar a las corrientes mayoritarias y a la clase dirigente, propiciando la desunión intrapartidista. La experiencia del *voto preferencial* en Italia es bastante significativa al respecto”.

directivas. Las prácticas oligárquicas reducen el espacio para la práctica de la democracia interna. De instaurarse el mandato de partido las propias cúpulas se verían de repente imbuidas de un poder cuasi irresistible. Como acertadamente se cuestiona García Roca (2009, p. 66)

¿Es razonable hacer a estas personas propietarios de millares de cargos? ¿No es excesivo ya su poder al hacer las candidaturas y seleccionar candidatos? ¿Supondría una alternativa mejor optar por una concesión patrimonial de los cargos públicos representativos, concebirlos como una hacienda de los partidos que pudiera ser gestionada libremente por unos cuantos apoderados? ¿Es preferible a continuar con el ejercicio colectivo de un derecho individual por miles de ciudadanos que libremente se asocian y asumen los condicionamientos que les imponen los partidos? Unos ciudadanos que, por otro lado, previsiblemente cumplirán en mayor medida esas instrucciones cuanto más razonable sean y si vienen adoptadas mediante el respeto a los procedimientos internos democráticos: a los derechos de participación política de los militantes ejercidos también en el seno de los partidos.

No hay duda que el mal del transfuguismo puede inspirar simpatías inmediatas hacia el mandato de partido. El transfuguismo político es una distorsión de la democracia representativa con innegables reflejos negativos en el sistema. Produce en la opinión pública la impresión de inestabilidad, falta de gobernabilidad e improbidad de los representantes públicos. Pero más allá de las lógicas reacciones encendidas que provoca, el mal del transfuguismo debe ser objeto de reflexión pausada. Es un error de interpretación entender el mandato representativo, el transfuguismo político y la inestabilidad gubernamental como un *totum revolutum* que coloca en la picota la estabilidad y credibilidad de las instituciones representativas.

El transfuguismo no es en España ni un fenómeno que ponga en jaque al sistema democrático ni además todos los casos de transfuguismo obedecen a motivaciones ilegítimas, espurias y contrarias a la representación política. Ni en la escena nacional ni en la mayoría de los Parlamentos Regionales se han producido crisis de gobierno o bien cambios de mayoría por la actuación de tráfugas. Nuestro sistema constitucional protege fuertemente cualquier cambio de gobierno mediante los severos requisitos procedimentales de la *moción de censura constructiva* del art. 113 CE<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup>Artículo 113 CE. **1.** El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.**2.** La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.**3.** La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.

Igualmente los artículos 196 y siguientes de la LOREG contienen una serie de medidas disuasorias en el ámbito local que refrenan potenciales actitudes tráfugas.

No puede afirmarse que todos los casos de transfuguismo supongan distorsión de la representación<sup>323</sup>. Ocasionalmente la ruptura de la disciplina de grupo puede pretender: el mantenimiento del compromiso con los electores; con el propio programa electoral o la propia ideología del partido; la subsistencia del vínculo de confianza entre representantes y representados; o bien, la denuncia de prácticas irregulares ante la opinión pública. En este sentido se hace muy necesaria la cautela jurisprudencial, evitando uniformizar situaciones que pueden no suponer una ruptura injustificada de la disciplina de Grupo<sup>324</sup>. (GARCIA ROCA, 2009, p. 43)

El uso y disfrute de los derechos fundamentales no es neutral. Tiene siempre un coste. Un grado mínimo de abuso es inherente al uso de toda cosa y en ese sentido los derechos del art. 23 CE no son una excepción. Es preferible la utilización abusiva de unos pocos que la desnaturalización que presumiblemente sufriría la figura del representante de depender su función de las motivaciones propias del aparato ejecutivo

---

4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.

<sup>323</sup>En este sentido, Ortega Santiago (2005, p. 64) afirma: “Pero esta utilización viciada del mandato representativo no convierte necesariamente a todos los representantes que rompen con la disciplina de partido en delincuentes. Además, en este supuesto se pone de relieve que el disenso entre el representante y su formación política puede basarse tanto en motivaciones políticas (lícitas) como en comportamientos delictivos perseguibles como tales por la autoridad judicial. Este parece el camino adecuado para determinar aquellos supuestos en los que las actuaciones de los representantes que rompen con la disciplina de partido contienen un *disvalor* que ha de conllevar la pérdida del cargo representativo”.

<sup>324</sup> En este sentido, García Roca (1999, p. 78) afirma: “La vigencia del artículo 23.2 CE de la Constitución como un derecho fundamental de autonomía y libertad del representante no se opone a la representación política por partidos – como a primera vista pudiera parecer -, al contrario, puede ser el presupuesto para la democratización de esas organizaciones, y es la única forma de poder exigir responsabilidad y un *ethos* democrático al titular de un cargo público representativo. Por otro lado, si observamos con calma el problema, la posición de los llamados «tráfugas» no es siempre la misma. Ante la opinión pública, casi nadie criticaría con dureza la actitud del representante que mantuviera firme su vinculación con el programa electoral, su compromiso personal ante los electores, frente a las instrucciones del partido que, tras la elección, lo menoscabaran o impidieran. Y, en ciertos casos, la democracia de partidos puede requerir de una responsabilidad individual de los cargos públicos frente a hipotéticos abusos en la disciplina de un partido o de sus oligarquías: ¿sería mejor solución que pudiera perder su escaño un parlamentario que denunciase ante la opinión pública prácticas de financiación corruptas o delictivas de su propio partido y fuera, por ello, sancionado con el cese por órganos internos? Bajo el llamado transfuguismo político se encierran, por tanto, una pluralidad de realidades muy diversas que merecen distintos juicios y no siempre condenatorios. Un cambio de pensamiento político en un profesional de la política puede ser tan respetable como en cualquier ciudadano e incluso más, sobre todo, si se trata de una evolución coherente y no movida por el estricto interés de conservar el poder por encima de cualquier otra consideración o, menos aun, por espurios intereses económicos de enriquecimiento indebido”. En sentido similar, vid. Rubio Llorente, Francisco. *Los tráfugas no son tan malos*. El País, 1993. Disponible en [http://elpais.com/diario/1993/10/06/opinion/749862011\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1993/10/06/opinion/749862011_850215.html).

del partido. La pérdida de la libertad jurídica garantizada por el art. 67.2 CE devendría seguramente en la sumisión total del representante al partido. Una circunstancia que dificultaría al extremo la pervivencia de la democracia representativa. El límite jurídico al poder de los partidos del art. 67.2 CE permite, como afirma Rubio Llorente (1.993) “[...] tener la esperanza de que nuestros representantes tomen en consideración nuestro interés y no sólo el del partido. Porque con la absoluta fidelidad al partido se corre el riesgo de que no sea así [...]”.

En segundo lugar, quisiéramos repetir que el transfuguismo no es un mal endémico de nuestra democracia. Su incidencia en la gobernabilidad ha sido y es prácticamente insignificante en los ámbitos nacional y autonómico – a excepción hecha del famoso caso Tamayo y Sáez en la CCAA de Madrid–. En el ámbito local y tras unos primeros años de fuerte presencia se ha visto muy reducido cuantitativamente. Podemos afirmar que hoy día no llega a afectar al 1% de los 8.112 municipios en que se divide España<sup>325</sup>.

Las razones del debilitamiento del transfuguismo en el escenario local encuentran respuesta en el Pacto Antitransfuguismo de 1998 y sus Addendas de 2000 y 2006, que dieron lugar a útiles reformas legislativas. Entre estas destacan las medidas adoptadas en el art. 197.1 LOREG en el ámbito de la moción de censura en las Corporaciones Locales. Según este apartado, queda invalidado el voto del candidato tráfuga a efectos de la mayoría absoluta de votos precisos para la censura del Alcalde. En la misma línea se mueve la reforma del art.73 de la Ley de Bases de Régimen Local, que impide que el tráfuga integre el Grupo Mixto y siga disfrutando de una posición moderadamente ventajosa como miembro de Grupo. Su estatus jurídico pasa a ser el de Concejal no adscrito<sup>326</sup>. Permitir la incorporación del diputado tráfuga al Grupo Mixto supondría la desnaturalización del mismo y toda la regulación garantista de los derechos que a aquellos diputados les corresponde, en tanto que formaciones políticas,

---

<sup>325</sup> Cf. García Roca, 2009, p. 77.

<sup>326</sup> Sobre el art. 73.3, párrafo 3º de la LBRL, *El Pleno del TC por Providencia de 22 de julio 2010 ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1490/2010 («B.O.E.» 3 agosto). Igualmente, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de noviembre 2011, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5277-2011 en relación con el artículo 73.3, párrafo tercero, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, por posible vulneración del artículo 23 de la CE («B.O.E.» 19 noviembre).* Un análisis de las prerrogativas del Grupo Mixto puede verse en Larios Paterna, 1996, pp. 250 y ss.

perdería su sentido, máxime si el propio Grupo estuviese mayoritaria o completamente compuesto por diputados trásfugas (LARIOS PATERNA, 1996, p. 252).

En nuestro sistema parlamentario, el representante lo es a título individual y como miembro de un Grupo Parlamentario. De una y otra posición se deriva la tenencia de una serie de derechos. Tras las reformas expuestas en el párrafo precedente, los Concejales trásfugas pasan a ser miembros no adscritos, reacción a su reprochable conducta. Un reproche no solo ético, sino tendente a limitar institucionalmente la capacidad de actuación de aquéllos mediante el recorte de los derechos y privilegios que ostentaba en su condición de miembro del Grupo. Los derechos individuales se mantienen de acuerdo a la regla de igualdad de derechos. El miembro no adscrito participará en los Plenarios y en la función de control. Más compleja se antoja su participación en las Comisiones. En aquellos derechos propios del Grupo que no afecten al contenido esencial del ejercicio por el Concejal no adscrito pueden plantearse restricciones. Un claro ejemplo son las limitaciones de los derechos económicos que le corresponden al representante como miembro del Grupo Político.

La distinción entre las iniciativas parlamentarias y derechos que puedan ejercer los diputados minoritarios en función de su procedencia es una línea de actuación correcta. Poco o nada tiene que ver aquel parlamentario que se presentó a las elecciones con una determinada formación y se inscribe en el Grupo Mixto como representante de la misma con aquella del parlamentario que se inscribe en el mismo tras abandonar su partido sin causa justificada. Este último ve debilitada su legitimidad al perder el respaldo electoral obtenido y carecer de programa político presentado ante el electorado y votado por el mismo así como de los elementos de control propios de todos los grupos – aparato del partido, base electoral, organización del grupo parlamentario, etc – . (LARIOS PATERNA, 1996, p. 253)

El espíritu del Pacto Antitrásfugismo de 1998 no era otro que el asegurar la gobernabilidad y los fundamentos del sistema político y el régimen democrático en el ámbito local<sup>327</sup>. El cumplimiento de los Acuerdos es fiscalizado mediante una Comisión de Seguimiento integrada por miembros de las principales fuerzas con representación parlamentaria estable en el ámbito local. La valoración de la eficacia del Pacto en la

---

<sup>327</sup> Un análisis en profundidad sobre el contenido del mismo puede verse en Seijas Villadangos, 2000, pp. 178 y ss.

contención del transfuguismo ha de ser en líneas generales positiva. Ha contribuido sin duda a contener y reducir la sangría de las dos primeras décadas de gobierno democrático en el ámbito local. Los datos disponibles de las últimas Comisiones de Seguimiento (julio y diciembre de 2010) muestran que la importancia cuantitativa del fenómeno no es en modo alguno estructural<sup>328</sup>. Es de lamentar sin embargo la vía muerta en que se encuentra el Pacto Antitransfuguismo, cuya última Addenda es de 2006 y su última convocatoria es de diciembre de 2010. La práctica política lo ha convertido tristemente en arma arrojada entre los dos principales partidos, que se acusan mutuamente de incumplir la clausula contraria a la utilización del voto tráfuga para cambiar las mayorías gubernamentales.

Las reformas legislativas y acuerdos políticos frente al mal del transfuguismo son pasos positivos para su contención. Pero no agotan las posibilidades de combate. Una medida *secularmente* olvidada por nuestro legislador es la mejora de los procedimientos de elección de los candidatos por los partidos. Este punto es más adecuado y realista que la revocación del mandato. Como es bien sabido, el art. 6 impone a los partidos una estructura y funcionamiento democráticos. No obstante, la regulación legislativa de los procedimientos de selección de los candidatos adolece del mínimo rigor exigible. La vigente Ley de Partidos 6/2002 es buena prueba de ello. Los arts 7 y 8 son, como se verá, manifiestamente perfectibles. La consecuencia inmediata es que la adopción de medidas de democracia interna es dejada, en gran medida, al arbitrio de la voluntad de los partidos. Y ya conocemos los resultados: la prevalencia de las tendencias oligárquicas y cooptativas en la renovación de las élites políticas. La igualdad de oportunidades y la promoción del pluralismo político en el interior de los partidos distan mucho de ser una realidad en nuestra democracia.

La elección de los candidatos debe garantizar una amplia participación de los militantes, contrapeso a la cooptación por parte de las cúpulas dirigentes. No ha de negarse de raíz la posibilidad de la existencia de vicios invalidantes de la elección de los candidatos de producirse irregularidades claramente atentatorias de la elección interna y previa al procedimiento electoral. No toda ni cualquier práctica ha de valer en los

---

<sup>328</sup>Consultar datos en la web de la Secretaria de Estado de las Administraciones Públicas [http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/politica\\_local/cooperacion\\_local/organos\\_de\\_cooperacion/comision\\_de\\_seguimiento\\_del\\_pacto\\_antitransfuguismo/comision\\_de\\_seguimiento\\_del\\_pacto\\_antitransfuguis.html](http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/politica_local/cooperacion_local/organos_de_cooperacion/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguis.html) (acceso el 11/07/2013)

procesos de elección de los candidatos. En esta línea de raciocinio se mueve, si bien sobre la base de un problema diferente, el de la paridad electoral, el TC en su Sentencia 12/2008 (F.J. 5°).

El Alto Tribunal entiende que la libertad de selección de los candidatos por los partidos no es absoluta ante la existencia de valores y bienes constitucionales dignos de protección como la igualdad. Es posible una *lectura extensiva* de la doctrina constitucional a la imposición de límites a los partidos en los procesos electivos. El legislador ha de garantizar la participación de militantes y simpatizantes en los procedimientos electivos de forma que se produzca una adecuada identificación representativa entre candidatos y bases. En segundo lugar, si se quiere mitigar el transfuguismo ha de procurarse maximizarse la probidad, el mérito y la capacidad de los futuros representantes. Quienes disponen de la prerrogativa de conformar las listas electorales deben comprobar la idoneidad ética y capacidad profesional del candidato. La ausencia de medidas preventivas puede provocar problemas de difícil solución posterior. Una medida acertada sería la creación de comisiones arbitrales intra partidistas donde la militancia, simpatizantes y ciudadanía en general pudieran denunciar las irregularidades cometidas por los candidatos y representantes públicos. (GARCÍA ROCA, 2009, pp. 70-2)

Tampoco la LOREG (arts. 44 a 48) regula estándares mínimos de democratización de los procedimientos y considerándola una cuestión poco menos que *interna corporis* de los partidos. La democratización de los procedimientos de selección partidista es netamente insuficiente. Como afirma García Roca (2009, p. 71) “El inicio de todo nuestro sistema y procedimiento electoral, el corazón de la democracia representativa, la organización de las candidaturas, sigue siendo bastante elitista.” Me permito añadir los calificativos de hermético y oligárquico, es decir, notablemente insuficiente en términos de la debida participación e igualdad de oportunidades que ha de presidir la elección de nuestros representantes públicos. Sobre este tema volveremos detenidamente en el capítulo dedicado a los partidos políticos.

Expuestas las causas y medidas correctoras es momento de hacer balance general de la realidad del fenómeno y su incidencia en nuestra democracia representativa. El transfuguismo es un mal que actúa principalmente en el ámbito local, provocando el falseamiento de la representación política decidida por partidos y

electores. Su espuria utilización contribuye a la inestabilidad gubernamental mediante injustificables cambios de mayorías contrarios a la legitimidad de la acción política de la opción electoralmente mayoritaria. Sin embargo, no ha de sobrevalorarse el daño institucional que provoca. Es marginal en los ámbitos nacional y autonómico y moderadamente controlado en el local gracias a las reformas analizadas anteriormente. Puede afirmarse tranquilamente que la estabilidad institucional de la democracia representativa española no está amenazada por el transfuguismo.

Los partidos políticos, una vez que el TC frustró repetidamente su intención de instaurar el mandato ideológico o de partido, decidieron combatir la sangría institucional en el ámbito local con la firma del Pacto Antitransfuguismo de 1998. Un pacto objeto de parciales mejoras en los Addendas de 2.000 y 2.006. Las intenciones políticas del propio Pacto han cristalizado en reformas legislativas restrictivas de las prerrogativas y facultades de los diputados tráfugas (art. 197.1 LOREG y 73.3 LBRL). Una estimable contribución que parece adormecida desde diciembre de 2010, fecha de la última reunión de la Comisión de Seguimiento. Es de lamentar su utilización como arma arrojada entre los principales partidos, PSOE y PP. Esta actitud ha permitido la reentrada en escena nuevamente de tráfugas dispuestos a mercadear el mandato en las Corporaciones locales.

La existencia del transfuguismo no justifica el cambio de nuestro modelo de representación política de mandato libre por el mandato ideológico o de partido. La representación precisa inexcusablemente de la libertad jurídica del representante frente al Grupo Parlamentario y la consiguiente prohibición de vinculación jurídica a la disciplina del partido. El parlamentario ha de poder contar con la posibilidad de disentir y votar contrariamente a la línea de actuación ideológica marcada por aquel. Una libertad que solo será utilizada en supuestos excepcionales. La norma general es la comunión de intereses entre diputado y partido. *Ítem* más: el propio representante ha de poder contar con la posibilidad de someterse libremente a la línea ideológica del partido aun disintiendo de la misma.

La libertad del diputado no debe pertenecer a los partidos. Es cierto que no puede concebirse la representación sin los partidos. Pero, aun reconociendo su relevancia en el proceso representativo, en modo alguno puede disponer de la titularidad del mandato. La disciplina de voto, el temor a las sanciones, la expulsión del partido o



el truncamiento de una carrera política no pueden sobreponerse al libre ejercicio jurídico de la representación. El sentido democrático de la función representativa exige la pluralidad y transparencia de los procedimientos, la deliberación y la posible confrontación entre las opiniones de los diputados y la línea ideológica del partido. Solo así puede construirse eficientemente la razón pública en democracia.

El mandato de partido reforzaría el sometimiento del diputado a los dictados del partido ante más que posibles represalias. Ello aseguraría el empobrecimiento de la deliberación interna y parlamentaria, fuerzas imprescindibles en democracia. Supondría un falseamiento aun más pernicioso de la representación al subyugar los intereses de los electores frente a los propios del partido. Salvo que la visión que tengamos de la política consista exclusivamente en la lucha por el poder y el mando y privilegio en el Estado; una premisa ideológica nulamente compatible con el Estado democrático (ORTEGA Santiago, 2005, p. 67).

La línea a seguir es la adopción de medidas que dificulten el ejercicio de las prerrogativas y funciones de los parlamentarios tráfugas sin por ello perturbar el contenido esencial de los derechos del art. 23 CE. Los partidos han de retomar el Pacto Antitransfuguismo, reactivar las Comisiones de Seguimiento y colocar los intereses partidistas a un lado respetando la legitimidad del gobierno surgido de la voluntad electoral.

### 3.3. UNA PROPUESTA EN FAVOR DEL FORTALECIMIENTO DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: LA APERTURA DE LAS LISTAS ELECTORALES.

El derecho fundamental de participación representativa continúa sin instaurar relación alguna entre diputado y elector más allá de la formalidad electiva<sup>329</sup>. En el

---

<sup>329</sup>En este sentido, Portero Molina (2009, pp. 66-67) afirma: “Los ciudadanos con derecho de sufragio activo podemos, con todas las garantías, elegir a los representantes pero, como escribe Sartori, la elección sigue siendo elemento necesario de la representación democrática, no es suficiente para que pueda hablarse de que esa representación existe. Cuando ejercemos el derecho de sufragio simplemente ejercemos un derecho cuyo contenido se agota en el acto de escoger una entre varias candidaturas, unos electores con la esperanza de contribuir a la creación de un gobierno, otros con la de contribuir a la presencia parlamentaria, aunque sea mínima, de una candidatura y otros por el motivo que fuere. En nuestro régimen parlamentario el voto contribuye, en el mejor de los casos, a configurar políticamente el Congreso de los Diputados de una determinada forma y a hacer visible el apoyo electoral con el que,

mejor de los casos insta una posición de poder en el elegido desempeñada *de facto* por los partidos. El referente del acto electoral no es el representante individualmente considerado<sup>330</sup>. El partido es el verdadero protagonista. La relación de representación elector-diputado adolece de contenido real más allá de su dimensión objetiva. Esta situación de dominio de la realidad política sobre la regulación jurídica no implica, *per se*, una ruptura o violación del orden constitucional, siempre y cuando el diputado pueda hacer libre uso de las facultades que le son atribuidas. Sobre todo, en situación de conflicto de posiciones entre el partido y el representante (VEGA, 1985, p. 41).

Nos encontramos ante una mutación constitucional y una *ficción jurídica* que, si bien no violenta el orden jurídico, ha reforzado el distanciamiento y la apatía política ciudadana frente a las instancias representativas. El modelo de representación actual está estructuralmente concebido para la dominación de los gobernantes, no para maximizar la libertad de los gobernados<sup>331</sup>. Es una fórmula claramente al servicio de la clase política (CHUECA RODRÍGUEZ, 1988, p. 34; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 10 y ss).

No parece demasiado complejo relacionar esta faceta del vigente sistema electoral con la fuerte desafección política y la percepción de los partidos como entidades refractarias a la canalización y satisfacción de las demandas ciudadanas. Dicho con otras palabras: como uno de los aspectos disfuncionales de la democracia representativa en general (PAJARES MONTOLÍO, 2014, p. 4). Medidas complementarias como las dimisiones en blanco, las multas, sanciones y otros

---

obtengan o no escaño, cuentan las candidaturas que concurren y los partidos que las respaldan. Una vez constituido el Congreso de los Diputados, ni el elector ni sus intenciones cuentan ya. Y con otro sistema electoral ocurre otro tanto en el Senado. Nuestro derecho consiste solo en elegir, mostrando libremente nuestra preferencia, sin que podamos reclamar otra cosa que no sea el ejercicio del derecho de sufragio con todas las garantías”.

<sup>330</sup>En este sentido, Vega (1985, p. 38) afirma: “En primer lugar, aparece la designación de las candidaturas y el establecimiento de las listas electorales que, como es de sobra conocido, corresponde en exclusiva a los partidos. De esta forma, la circunstancia de que los partidos seleccionen previamente a los candidatos, y el hecho de que la única posibilidad que se ofrezca al electorado, sobre todo en el caso de listas cerradas y bloqueadas, sea optar por una u otra, determinan que la relación electoral real no se produzca en los términos en que debería producirse, esto es, entre representante y representado, sino entre electores y partidos”.

<sup>331</sup>En este sentido, Aragón Reyes (2008a, p. 150) afirma: “El sistema actual español ( desde la transición política) de listas cerradas y bloqueadas, que sirvió para consolidar a los partidos políticos, sin los cuales no cabe entender la democracia parlamentaria, es posible que deba ser puesto en cuestión y deba debatirse, al menos, la oportunidad (que tiene ventajas e inconvenientes) de sustituirlo por el de listas abiertas o por cualquier otro que no reduzca a la nada, como el de ahora, la capacidad de los electores de seleccionar a aquellos a los que puedan elegir”.

procedimientos disciplinarios contribuyen, aun cuando su eficacia jurídica es nula, a diluir políticamente la figura del representante en beneficio de los partidos y a empobrecer la representación<sup>332</sup>.

Tras 35 años no deja de causar estupor y asombro a partes iguales la “falta de imaginación” de los partidos para idear soluciones a la crisis de representación política<sup>333</sup>. La participación en los procesos electorales continúa siendo, incomprensiblemente, la mínima posible. Los ciudadanos son sujetos de la acción política colectiva una vez cada cuatro años, cuando ejercen el derecho de sufragio. Una vez acabado el proceso electoral, desaparecen de la vida pública. Con la excepción de alguna agrupación política minoritaria, la oferta electoral que recibe es confeccionada sin su participación. Son los partidos quienes deciden quién, cómo y en qué posición se encuentran los candidatos electorales. La expresión del voto mediante un sistema de listas cerradas y bloqueadas convierte a quien determina la composición y el orden de los nombres en elector *de facto* de los representantes (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p.12). Una situación que, si bien podía encontrar acomodo parcial en el contexto de la Transición, es totalmente inaceptable desde el punto de vista de una democracia que aspira a ser avanzada (GARCIA ROCA, 2012, p.20; VIRGALA FORURIA, 2013, p. 11-3)

El derecho fundamental de participación representativa sigue reducido a poco menos que una técnica de legitimación de la competición de las élites por el poder manifestada a través del sufragio en elecciones periódicas. Una situación que cercena la función elemental del derecho de sufragio – la libre elección de los representantes -. La

---

<sup>332</sup>Para Pons Irazazábal (2005, pp. 6-7) los males de la representación se deben principalmente a causas esencialmente sociales de las que excluye - ¿interesadamente? – a los partidos políticos. Cita el autor los profundos cambios sociales, la aparición de la sociedad mediática y la era informática como las dos principales causas. La tercera sería el resultado de la confluencia de las dos anteriores: la aparición del populismo moderno. Sin negar la validez de sus argumentos, nos parece sospechosa o interesada la nula mención a los partidos como parte del problema del déficit de representatividad que afecta en la actualidad a la representación política si bien tangencialmente realiza alguna crítica a la incapacidad de los partidos de adaptarse a las mutaciones sociales.

<sup>333</sup>“Lo que realmente importa aquí es no perder de vista la interesada falta de imaginación de que el sistema representativo hace gala cuando se trata de idear soluciones que permitan vitalizar la posición política de los ciudadanos y, lo que es más, la beligerante rotundidad con que, llegado el caso, tales soluciones ( pensemos en la posibilidad de democratizar los procesos de designación de candidatos; o de utilizar listas no bloqueadas en las elecciones, de modo que la voluntad de los electores pueda influir en la renovación de la clase política; o de imaginar y articular determinados contactos post-electorales, por hacer solo unas cuantas referencias bastantes obvias...) son rechazadas”. (GARRORENA MORALES, 1984, p. 129)

hipotética reforma de los art. 23.1 CE y art. 68.3 CE es descartada ante las complejidades procedimentales y de *cultura constitucional* ya analizadas<sup>334</sup>. La vía más realista es la reforma del sistema de listas electorales establecido en los arts. 46.3 y 96.2 de la LOREG.

Es preciso reformar materialmente un derecho de sufragio concebido como “*voto de opción*” a través del cual se legitima la desproporcionalidad en la configuración de la representatividad del parlamento (MARTÍNEZ VÁZQUEZ, 2010, p. 239). El voto bloqueado atribuye al partido la elección *de facto* de los representantes<sup>335</sup>. El contenido y valor del sufragio queda reducido a la mera ratificación por el elector de una lista prefabricada en función de los intereses del partido<sup>336</sup>. La libertad y elección garantizadas por el art. 23.1 CE se convierte en la mera ratificación de unos representantes designados *ex ante* por los partidos. Como afirma Santaolalla (1986, p. 32) “Ni hay verdadera elección ni ésta recae sobre los candidatos

---

<sup>334</sup>Sobre la eterna juventud de nuestra democracia como justificación de sus imperfecciones, López Aguilar (2011, p. 20) afirma: “Vengo afirmando, por el contrario, que, de una vez por todas, la nuestra es – 36 años después de la muerte de Franco, 35 años después de la transición democrática y 33 años después de la entrada en vigor de la Constitución –, una democracia sólida a la que son exigibles todas las responsabilidades de su mayoría de edad. Se acabó, en definitiva, todo periodo de indulgencia. Ahora añado que incluso estamos arriesgando ya el envejecimiento de nuestra Constitución, e incluso cierta esclerosis en alguna de sus extremidades, sin haberle reconocido nunca del todo su plenitud. Más bien pareceríamos presos [...] de una acentuada parálisis contrarreformista que amenaza con impedir ninguna puesta al día, por razonable que pueda parecer o por extenso que sea el acuerdo doctrinal o teórico al respecto”. Sobre la práctica constitucional española en materia de reforma, vid. Blanco Valdés, 2011, pp. 8-28.

<sup>335</sup>En este sentido, Pajares Montolío (2014, p.3) se pregunta, en tono retórico, lo siguiente: ¿Cómo han aprovechado los partidos este margen [de libertad de conformación de las listas electorales]? La práctica es que las direcciones partidistas – en expresión que debe tenderse a interpretar en su sentido más restringido, aunque formalmente se identifique un órgano directivo, normalmente integrado en la estructura central – acuerdan quien va a figurar en las papeletas ( y en que puesto, con la importancia que tiene en la abrumadora mayoría de los sistemas electorales que se utilizan en España ser ubicado en un puesto o en otro); suelen ser procesos no precisamente caracterizados por su transparencia y con un cierto grado de complejidad[...] por lo que son terreno propicio para que domine, como señala NAVARRO, la cooptación, el premio a la docilidad, la endogamia y el clientelismo”.

<sup>336</sup>En este sentido, Torres del Moral (1990, p. 69) afirma: “Por su parte, en el escrutinio de lista el candidato se debe a una etiqueta política mucho más que a su integración personal (social, económica, política) en la circunscripción. Incluso los partidos propenden en demasiadas ocasiones a presentar candidatos desarraigados, sobre todo en circunscripciones muy favorables y a salvo, acaso, del candidato cabeza de lista. Y lo hacen así precisamente para acentuar y perpetuar la dependencia partidaria del diputado. Por eso, en el proceso de selección de los candidatos, la posición preeminente dentro del partido y la condición de militante dócil prevalecen sobre sus cualidades extrapartidarias. Con ello crece el papel de las ejecutivas del partido y se favorece el centralismo ( más burocrático que democrático) de éstos en el proceso representativo. En el sistema proporcional, el diputado es, en el Parlamento, el delegado de un partido antes que el representante de sus electores. Ello perjudica la expresión de las diversidades locales y el efecto de integración política de los electores, pero también libera de dependencias locales; sustituye la lucha entre candidatos personales por la contienda entre ideas y programas servidos con disciplina por los partidos políticos”.

como quiere la Constitución y reconoce el Tribunal Constitucional”. En este contexto, la autonomía del representante corre el riesgo de desconectarse por completo de los representados, pasando a depender servilmente de unos partidos políticos que pasarían a ser los objetos inmediatamente representados (GUILLÉN LÓPEZ, 2011, pp. 204-5).

La representación ha de ser reconfigurada jurídicamente como artífice de una relación vinculante entre representantes y representados que fortalezca la responsabilidad política y la identificación – sin caer en el tópico de la identidad - entre decisiones de los representantes e intereses de la ciudadanía<sup>337</sup>. El actual modelo permanece cimentado en argumentaciones histórico-políticas ya superadas. La actual coyuntura socio-política es diametralmente opuesta. La solidez de la democracia como fórmula política no se discute. Este hecho reduce la dramática dependencia del sistema respecto de unos partidos férreamente disciplinados en su interior y cuestionados como elementos disfuncionales en la labor de representación debido a su incapacidad para atender e integrar las demandas ciudadanas. (GUILLÉN LÓPEZ, 2011, pp. 233-4)

La sustitución del sistema de listas cerradas y bloqueadas por el sistema de listas abiertas no pone fin a todas las contradicciones que aquejan a la representación política<sup>338</sup>. La resolución de este problema cuenta con el añadido de la naturaleza esencialmente conservadora del Derecho electoral en el que, cualquier posible cambio, derivaría en pérdidas de las cuotas de poder consolidadas por los partidos dominantes<sup>339</sup>.

La adopción del modelo de listas abiertas supondría una medida acertada dentro de los límites con que el Derecho puede operar en el campo de la

---

<sup>337</sup> En este sentido, Sánchez Sánchez (2004, p. 79) afirma: “La escasez en los mecanismos de control de la actuación política es otra de las causas de la crisis en la representación. En este sentido la participación ciudadana en la discusión de las cuestiones que les afectan, el derecho a “ser oídos” en los procesos de decisión y elaboración de normas; el derecho a sugerir la regulación de un aspecto concreto (derecho de petición) estimulan la confianza en los representantes por parte de los ciudadanos”.

<sup>338</sup> A este respecto, cf. Santamaría Ossorio, 1996, pp. 231 y ss; Martínez Vázquez, 2010, pp. 239-40.

<sup>339</sup> Sobre las razones del conservadurismo del Derecho electoral, Baras y Botella (1996, pp.169-70) afirman: “Las razones de ese conservadurismo son diversas. En primer lugar, los partidos políticos y los electores se habitúan a un cierto sistema electoral. El cambio requiere adaptarse (modificar estructuras, mecanismos de decisión, etc.), y tanto las organizaciones políticas como los ciudadanos sienten una cierta aversión a adaptarse a condiciones nuevas. En segundo lugar, y es una razón más de fondo, el sistema electoral se establece y se modifica por ley; las leyes las redacta la mayoría parlamentaria; y la mayoría parlamentaria lo ha llegado a ser en virtud de la anterior ley electoral. De tal manera que quienes pueden tener deseos de cambio no tienen los instrumentos políticos para llevarla a cabo, y quienes tienen los instrumentos frecuentemente no tienen la voluntad”.

representación<sup>340</sup>. Implica permitir al elector elegir candidatos libre y alternativamente de entre las diferentes propuestas electorales. Otorgar libertad de elección y hacer del sufragio un verdadero acto volitivo contribuiría a fortalecer la posición del representante frente al partido, lograr una mayor identificación con el elector y reducir los insostenibles márgenes de despersonalización y disfuncionalidad del derecho de participación representativa del art. 23.1 CE<sup>341</sup>.

Los beneficios de las listas abiertas se proyectarían igualmente sobre el art. 6 CE. Al reforzar la posición individual de los representantes mediante las listas abiertas se está protegiendo la necesaria libertad de opinión y corrientes que han de existir en los partidos frente a posibles tentativas de unificación ideológica por parte de la cúpula dirigente. Una de las críticas recurrentes es la fragmentación interna de los partidos y el castigo electoral que ello conlleva. Admitida esta posibilidad, no ha de pasarse por alto que un principio elemental en democracia es la división del poder y la protección de las minorías. Uno y otro principio deben ser respetados igualmente en la vida interna de los partidos (SANTAOLALLA, 1986, p. 38; NAVARRO MENDEZ, 1999, p. 439).

Defender una posición favorable a la apertura de listas implica enfrentar las recurrentes críticas doctrinales. Entre ellas se destaca la *praxis* poco edificante en las elecciones al Senado que, como es sabido, funcionan bajo la lógica de las listas abiertas<sup>342</sup>. Se han citado como argumentos en contra la preferencia de voto que se produce en favor de los candidatos mejor situados alfabéticamente así como la tendencia de los partidos a reforzar tal sesgo eligiendo para los puestos preferentes candidatos cuyos nombres son siempre alfabéticamente anteriores al segundo y así sucesivamente. Nuestra *cultura política* está, en opinión de los críticos, aún lejos de poder asumir un sistema electoral de listas abiertas dado el escaso conocimiento que el

---

<sup>340</sup> Un profundo análisis de las virtudes del sistema de listas abiertas puede verse en Farrell y McAllister, 2004, pp. 1-33.

<sup>341</sup> En línea similar, Holgado González (2005, p. 41) advierte de la incompatibilidad entre mandato libre y listas bloqueadas y cerradas en los siguientes términos: “Si se quiere seguir siendo fiel a los principios del parlamentarismo clásico, manteniendo un mandato representativo libre y extendiendo, por tanto, la prohibición del mandato imperativo (art. 67.2 CE) a los partidos, habría que ser consecuente con tal postulado y permitir que sean los ciudadanos quienes decidan en función de las cualidades personales de los candidatos propuestos. Esto es, acortar la distancia entre elector y representante, primando los méritos y aptitudes del candidato sobre el programa o proyecto político. Si el escaño, como suele decirse, pertenece al diputado y puede utilizarlo en contra incluso del partido que lo ha propuesto, el ciudadano debe haber tenido una participación más directa en su designación. El establecimiento de listas cerradas y bloqueadas concilia bastante mal con el principio de mandato libre”.

<sup>342</sup> En este sentido, cf. Santamaría Ossorio, 1996, pp. 231-63; Martínez Vázquez, 2010, pp. 233-56.

electorado tiene de los representantes públicos, más allá de unos cuantos líderes de partido (SANTAMARIA OSSORIO, 1996, p. 256; MARTÍNEZ VAZQUEZ, 2010, p. 240).

Estas actitudes, entendidas por parte de la doctrina como un rasgo natural de nuestro comportamiento electoral, encuentran su razón de ser en un diseño electoral cuyo objetivo central fue el logro de la gobernabilidad estable que, como se sabe, pasaba por: a) reforzar al conjunto de los partidos frente a posibles liderazgos personales e independientes; b) encumbrar a las organizaciones partidarias principales y; c) garantizar la permanencia en las instituciones de aquellos que obtengan un evidente respaldo social (ARAGÓN REYES, 2008, p. 150; BARAS; BOTELLA, 1996, p. 40).

La experiencia empírica de las listas abiertas en el Senado como argumento del rechazo a las listas abiertas al Congreso debe ser relativizada en base a varias razones. Homogeneizar la relevancia que a efectos de representación tienen las elecciones al Congreso y el Senado y aceptar el silogismo jurídico «si el sistema es disfuncional en el Senado, lo será igualmente en el Congreso» es, cuanto menos, una presunción arriesgada<sup>343</sup>. El Senado es una de las instituciones cuyo diseño constitucional ha provocado severas críticas doctrinales sobre su disfuncionalidad representativa<sup>344</sup>. Afirmar que la ciudadanía es ajena a este estado de cosas y que la disfuncionalidad representativa del Senado no afecta en nada a su comportamiento electoral nos recuerda una actitud recurrente de infantilización política de la ciudadanía propia de sociedades

---

<sup>343</sup> En este sentido, Guillén López (2011, p.236) afirma: “[...], el argumento de que el Senado es elegido con listas abiertas y la elección del votante es simétrica a la del Congreso puede desvirtuarse y perder su capacidad de persuasión si lo correlacionamos con la escasa importancia atribuida por los ciudadanos al Senado que convierte, a su juicio, en irrelevante la decisión que se adopte”. En sentido similar, cf. Delgado Iribarren, 2008, pp.20-1.

<sup>344</sup> En este sentido, Morales Arroyo (2005, pp. 77-8) afirma: “La doctrina que ha reflexionado durante los veinticinco años de vigencia del texto constitucional, y aunque tampoco han faltado trabajos elogiando sus virtudes, mayoritariamente se ha inclinado por destacar la existencia de elementos disfuncionales en su diseño normativo y en la práctico que de él se ha derivado, ya sea por su heterogénea composición, por el incumplimiento de su supuesto fin territorial, por su casi nula capacidad integradora o por otros motivos”. Una crítica severa hacia el Senado la sostiene Urdániz Ganuza (2008, p. 62) al afirmar: “La respuesta más habitual a la recurrente pregunta “¿para qué sirve el Senado?” es también la más certera: para nada. Por un lado, no puede hacer justicia a la lógica de la diferencia que nutre la mera idea de representación territorial, pues se sustancia en la provincia, no en las Comunidades Autónomas. Por otro, no puede desplegar ninguna influencia parlamentaria en el juego partidista. Primero, porque apenas tiene poderes para ello y, segundo, porque el partido que gana las elecciones en el Congreso las gana prácticamente en la Cámara Alta. El Senado nació como asilo para procuradores franquistas y hoy no es mucho más que un retiro para políticos veteranos de la democracia. Su origen etimológico (senes, anciano) y su función política han acabado confluyendo”.

escasamente democráticas. La disposición a participar es directamente proporcional a la percepción que se tiene sobre la importancia de la propia voz. La raíz del problema es un diseño institucional que desalienta la vocación pública de la ciudadanía (OVEJERO LUCAS, 2008, pp.28-9).

La pregunta adecuada es por qué tal inmovilismo estructural del régimen electoral<sup>345</sup>. El mantenimiento de este *status quo* responde al recelo de los partidos en ceder parte del control decisorio en un doble ámbito: sobre el proceso de formación de las listas y sobre la elección de los candidatos (DELGADO-IRIBARREN, 2008, pp-20-1)<sup>346</sup>. No es inútil recordar que cualquier reforma del régimen electoral requiere la intervención de uno de los dos principales partidos en el poder, grandes beneficiados por el diseño técnico de nuestro sistema electoral<sup>347</sup>.

Paralelamente, viene observándose desde 2011 el surgimiento de diversas plataformas ciudadanas – cuya alma mater fue el 15-M – en defensa de la formulación de propuestas orientadas a la reforma del sistema político en busca de una mayor interacción entre las instituciones y la ciudadanía<sup>348</sup>. Ni que decir tiene que entre las

---

<sup>345</sup>El Informe del Consejo de Estado (2009, p. 153) sintetiza las razones del inmovilismo en materia de listas electorales en los siguientes términos: “Las razones apuntadas – falta de acuerdo sobre el grado de pluralismo interno de los partidos políticos, carácter programático de las elecciones generales y escaso número de votantes que presumiblemente confeccionarían su propia lista -, unidas a la mayor complejidad que la apertura y desbloqueo de las listas de candidatos supondrían a la hora del escrutinio – por más que esta última circunstancia fuese superable a corto plazo con la aplicación de las nuevas tecnologías-, explican la dificultad de avanzar hacia una configuración del proceso electoral en la que los votantes dispongan de unas más amplias facultades de elección entre los candidatos presentados por las distintas formaciones.”

<sup>346</sup> En este sentido, el Informe del Consejo de Estado (2009, p. 153) sintetiza las críticas doctrinales al mantenimiento del sistema de listas cerradas y bloqueadas en los siguientes términos: “Esta peculiar configuración de las listas de candidatos ha sido objeto de numerosas críticas, por cuanto – se dice – limita el libre ejercicio del derecho de sufragio. Con la imposición de listas cerradas y bloqueadas, los ciudadanos no eligen a sus candidatos sino que, en realidad, se adhieren a los impuestos desde un determinado partido, según sus preferencias políticas y no en función de las condiciones personales de aquéllos. Se limita así la capacidad de elección de los votantes, al tiempo que se acrecienta el dirigismo de las organizaciones partidistas.”

<sup>347</sup> En este sentido, Garrote de Marcos (2009, p. 31) afirma: “Parece evidente que de toda la batería de cuestiones que han sido sometidas al Informe del Consejo de Estado, la que se refiere al sistema electoral del Congreso es quizá la que menor interés reviste para los dos grupos mayoritarios, sin los cuales no es posible ningún tipo de reforma. Tanto el PSOE como el PP se encuentran bastante satisfechos con los efectos de la Ley Electoral y no encuentran ningún tipo de inconveniente que les empuje a estudiar cambios en el mismo. Y, desde luego, si cualquier modificación del sistema debe enmarcarse en las reformas consideradas como oportunas en las conclusiones del Informe del Consejo de Estado, no es probable que se lleve a cabo ninguna: los efectos políticos de las reformas consideradas adecuadas no son precisamente alentadores para estos partidos”.

<sup>348</sup>En este sentido, Castellá Andreu (2013, p. 203) afirma: “Desde hace tiempo ( con alarmante intensidad en lo que va de década), muchos indicadores – encuestas, opiniones de expertos – coinciden en calificar el estado de la democracia en España en términos de “democracia de baja intensidad” y en hablar de



propuestas objeto de reivindicación se encuentra la reforma del sistema electoral<sup>349</sup>. Una ciudadanía consciente de la necesidad de reconfigurar las instituciones representativas ante la deformación a que la ha llevado la vigente *partitocracia*<sup>350</sup>.

Es lugar común en democracia propugnar cambios en las leyes electorales solo ante situaciones entendidas como convulsas o desestabilizadoras del sistema político<sup>351</sup>.

“desafección política”, para indicar el creciente alejamiento entre representantes y representados; entre instituciones y ciudadanía; entre partidos y sociedad civil. De este modo a la grave crisis económico-financiera que sufrimos se suma una no menos grave crisis político-institucional. Durante este periodo, se han creado movimientos y grupos sociales de muy diverso signo y orientación política que tienen en común la reivindicación de cambios en el sistema representativo tal y como está operando en la actualidad y una mayor apertura a la participación ciudadana en los asuntos públicos”. En sentido similar, Vallespín (2011, p. 10) afirma: “Lo interesante de este movimiento es que no se limitó a ser una protesta de los jóvenes ante su falta de expectativas. Desde luego, éstas se encontraban también entre sus reproches, pero el objetivo fue más amplio y mucho más inquietante para el sistema democrático como un todo. En la diana no solo se colocó a los políticos y los banqueros; también al sistema representativo, a los partidos, a los medios de comunicación y a buena parte de las instituciones. A todos ellos se les subsumió bajo el despectivo rótulo de “el sistema””.

<sup>349</sup> Sobre los nuevos movimientos ciudadanos, Phillippe Pettit (2011, p.8) afirma: “[...] los retos que las asociaciones cívicas pueden plantearle al gobierno para la persecución de las metas del 15-M no se limitan, por supuesto, al frente financiero. Las quejas generadas por el movimiento tienen un calado mucho mayor y, por ejemplo, plantean dudas sobre el carácter de los partidos democráticos existentes, y sobre su pretensión de que son capaces de dar voz a las exigencias del pueblo. Pero también aquí, si el movimiento pretende lograr un impacto permanente en la vida pública, tiene que plantear seriamente las cuestiones de diseño institucional. Tiene que ser capaz de generar propuestas para el cambio y ha de ser capaz de llamar la atención sobre esas propuestas en la prensa popular y en el seno de los partidos políticos, en el parlamento y en las encuestas. Confío en que será capaz de generar discusiones e impulsar decisiones sobre este amplio abanico de cuestiones. En la medida en que lo logre, la democracia saldrá ganando: la democracia en España y, a través de su ejemplo, la democracia en otros países”.

<sup>350</sup> Sobre la natural apatía ciudadana, Ovejero Lucas (2008, p. 22) afirma: “Cuando se sopesan los problemas invocados para desconfiar de los ciudadanos, se repara en que atañen menos a la calidad de los ciudadanos que al diseño de las instituciones. Un diseño que responde a la exigencia liberal de asegurar la libertad negativa, de minimizar las intromisiones en la vida de los ciudadanos, como se verá. En realidad, la democracia moderna está pensada para operar con ciudadanos ignorantes y egoístas, despreocupados por la cosa pública. Al modo del mercado, las reglas del juego asegurarían que, sin información y sin virtud, se alcancen los buenos resultados: la asignación de los recursos de un modo más o menos eficiente. Hay algunas dudas acerca de que el mercado, el real, funcione con máxima eficacia. Con la democracia no las hay. Sencillamente, no funciona, no asegura las mejores decisiones, las que, por ejemplo, adoptarían – si se eligieran – los más competentes. Y el problema no es circunstancial, no es reparable sazonzando a la ciudadanía con unas gotas de “educación cívica”. El diseño institucional del mecanismo democrático y la propia naturaleza de la actividad política se combinan para hacer improbable el buen funcionamiento del mercado político”. En sentido análogo, Menéndez Alzamora (2009, p. 9) afirma: “La acelerada realidad histórica y política que nos ha tocado vivir ha puesto en el centro del debate una renovada reflexión sobre los modelos clásicos de participación activa de la ciudadanía y su plasmación en diferentes fórmulas representativas. Las democracias actuales, insertas en una dinámica de complejización y globalización de amplio espectro, plantean un nuevo escenario en el que las formulaciones teóricas, institucionales e históricas que han explicado clásicamente los significados y modelos de participar y representar en la esfera pública deben ser repensadas”.

<sup>351</sup> En este sentido, Baras y Botella (1996, p. 35) afirman: “El derecho electoral es siempre conservador: cambia muy difícilmente y de modo muy limitado; solo en periodos de auténticos cambios de régimen se producen modificaciones sustanciales en la legislación electoral. La adaptación de las fuerzas políticas y de los ciudadanos a una determinada mecánica electoral, y los intereses propios de la mayoría

No es arriesgado afirmar que la democracia española se encuentra en un momento de especial tensión y conflictividad socio-política, en buena medida agravada por la ineficiencia de los mecanismos de control y responsabilidad de los gobernantes frente a los gobernados. La recomposición de la crisis de representación actual precisa, entre otras medidas, de una reforma de la LOREG orientada a la implantación del sistema de listas abiertas. Otras medidas complementarias – como el aumento del número de diputados sobre la cifra mínima de 350 vigente; la disminución del mínimo de dos escaños iniciales por provincia a uno; la supresión de la fórmula D’Hont para la distribución de escaños; la eliminación de la consabida barrera electoral del 3% en de una mayor representatividad del sistema electoral – otorgarían un plus de legitimidad al procedimiento de representación al reforzar la identificación entre Cuerpo Electoral y representantes. (VIDAL PRADO, 1995, p. 163)

La *cultura* política española responde a un diseño institucional basado en la acumulación de poder por los partidos. La participación ciudadana, descontada la electoral, continua siendo hoy día un asunto secundario. El valor real del derecho de sufragio es el de un voto de ratificación de unas *élites* seleccionadas en el interior de los partidos con escasa participación de la militancia<sup>352</sup>. Una práctica de dudosa constitucionalidad en atención al mandato de democracia interna del art. 6 CE<sup>353</sup>.

Particularmente interesante se antoja el Informe del Consejo de Estado de 2009 sobre la conveniencia o no de reformar el sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas. La argumentación es la siguiente:

Las razones apuntadas – falta de acuerdo sobre el grado de pluralismo interno de los partidos políticos, carácter programático de las elecciones generales y escaso número de votantes que presumiblemente confeccionarían su propia lista – unidas a la mayor complejidad que la apertura y desbloqueo de las listas de candidatos supondrían a la hora del escrutinio – por más que esta última circunstancia fuese superable a corto

---

parlamentaria (¿por qué la mayoría tendría interés en cambiar el sistema electoral que le permitió ganar las elecciones?) explican esta fuerte tendencia a la permanencia de los sistemas electorales”.

<sup>352</sup> Cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, pp. 13-4

<sup>353</sup> En este sentido, Navarro Méndez (1999, pp. 437-8) afirma: “[...] la exigencia constitucional de la «democracia interna» debería significar que todo partido ofrece a su afiliación un cierto grado de intervención en la definición de la cuota proporcional de oferta electoral que ese partido elabora y propone en su cita con las urnas. Otra cosa es que, en la práctica, [...], los partidos hayan diseñado procedimientos de elaboración de sus listas electorales en los que la intervención de las bases es mínima – y en muchos casos inexistente –, lo cual constituye una clara fuga al cumplimiento del principio democrático, pues va a suponer que, salvo supuestos excepcionales, los aparatos partidistas monopolizan los procesos de designación de candidaturas”.

plazo con la aplicación de las nuevas tecnologías – explican la dificultad de avanzar hacia una configuración del proceso electoral en la que los votantes dispongan de unas más amplias facultades de elección entre los candidatos presentados por las distintas formaciones.

La argumentación del Consejo de Estado merece algunos apuntes críticos. La inexistencia de auténtico pluralismo interno en los partidos se basa, principalmente, en una regulación estatutaria que obstaculiza la participación plural de la militancia en la confección de las listas electorales. Los partidos, ante el silencio legislativo a tal respecto, han optado por desarrollar procedimientos electivos en los que predomina el *direccionismo* selectivo de las cúpulas dirigentes (NAVARRO MÉNDEZ, 1999, pp. 437-8). Este déficit democrático se ve reforzado en el ámbito externo por el sistema de listas cerradas y bloqueadas. La ausencia de pluralismo interno en los partidos tiene por máximos responsables a las cúpulas de los partidos y a la pasividad del legislador en poner freno a un modo de ejercicio del poder de carácter acumulativo<sup>354</sup>.

Avanzar en la profundización democrática requiere de la reforma urgente de la LOREG en favor del sistema de listas abiertas. La necesaria prudencia que un cambio de tal envergadura puede tener en el equilibrio entre la representatividad electoral y la estabilidad parlamentaria aconsejan la adopción de tal medida de forma escalonada. El ámbito local parece el más idóneo para comenzar dicha práctica ante la mayor cercanía entre electores y representantes. En función de los resultados obtenidos y, tras un periodo de tiempo prudente, podría ampliarse a los ámbitos autonómico y nacional.

Los beneficios – no exento de nuevas problemáticas – son bien conocidos<sup>355</sup>. De entre ellos destaca recuperar parte de la legitimación de origen de la representación

---

<sup>354</sup>Sobre las disfunciones que el actual régimen electoral tiene en relación a la representación, Ariño Ortiz (2008, p. 14) afirma: “[...] ese sistema ha tenido después efectos perversos, configurando unos partidos caudillistas, muy poco democráticos, en los que la inmensa mayoría de diputados y senadores son desconocidos para quienes supuestamente les eligen. Tampoco los elegidos se sienten vinculados a su electorado, hacia el que no sienten nunca la obligación de dar cuenta de su gestión. Los diputados en España no son elegidos por los ciudadanos, sino por el Secretariado de los partidos. El pueblo vota siglas, no personas. Por ello los elegidos son muy poco representativos. Gran parte de la anemia institucional que hoy ofrece el Congreso de los Diputados en España, cuya reforma han propuesto los sucesivos Presidentes pero nunca se lleva a cabo, trae su causa del vicioso sistema electoral que padecemos, que convierte a los diputados en marionetas en manos de los partidos. El sistema electoral español basado en la sacralización del líder hace más férreo el caudillismo que éste ejerce sobre el partido y sobre el grupo parlamentario.”

<sup>355</sup>De entre los inconvenientes que el sistema de listas abiertas suscitaría, Guillén López (2011, p. 237) afirma: “Puede advertirse con toda nitidez que la cohesión interna de los partidos puede ser la gran perjudicada en este proceso al instigar luchas internas entre los diferentes candidatos, lo que a su vez puede redundar en una debilidad ontológica que se trasladará a los órganos representativos.

política. La libertad de elección del Cuerpo Electoral reforzaría la identificación entre electores y representantes. Las listas abiertas son igualmente un elemento corrector del desorbitado poder de las cúpulas partidistas en la composición de la oferta electoral. En tercer lugar, contribuirían al desarrollo del pluralismo interno al incrementar las probabilidades de candidatos alternativos a los candidatos oficiales. Este conjunto de beneficios contribuirían al fin último del derecho de participación política: el paulatino logro de la libertad de elección política<sup>356</sup>.

### 3.4 LAS OPCIONES DE LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y DIRECTA: LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y EL REFERÉNDUM CONSULTIVO.

El art. 23.1 CE reconoce la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos de acuerdo a la idea de democracia participativa que permea el texto constitucional. Junto a la necesaria representación democrática, la ciudadanía ha de

---

Efectivamente, estimo erróneo limitar los efectos del voto preferencial a las consecuencias para la mayoría gubernamental. Es más, seguramente sería el partido en el gobierno el más respaldado mientras la oposición tendería a aflorar las fracturas que el voto preferencial ha hecho evidentes como motivo de la derrota electoral. Desde este punto de vista, quizás, uno de los efectos de esta reforma en el gobierno no sería tanto dar lugar a gobiernos más débiles sino a oposiciones más inestables (lo que tampoco es un horizonte que desde el punto de vista de la función de control político pueda considerarse digno de estima).” Descartamos, al igual que Guillén López (2011, p. 236), la crítica de parte de la doctrina (Santamaría Ossorio y Montero principalmente) que asocian el voto preferencial a prácticas clientelares y caciquiles como las producidas en el sur de Italia. Aún cuando nuestra democracia tiene problemas, entendemos que dispone de las suficientes garantías para evitar el que la corrupción acabe con el sufragio libre. De admitir tal hipótesis, estaríamos negando la esencia misma de la democracia y por tanto otro sería nuestro modelo político y otros los problemas a resolver. En sentido similar, Arnaldo Alcubilla (2008, p. 17) rechaza la traslación de las causas o consecuencias de la reforma electoral habida en Italia o Japón a nuestro modelo democrático. Aun compartiendo el punto de vista del autor y no despreciando los posibles inconvenientes que pudieran derivarse de una hipotética inestabilidad de la oposición para las labores de control del gobierno, entendemos que el conjunto de beneficios puestos de manifiesto supra hace de las listas abiertas una medida acertada en pro de reforzar la vinculación elector-representante, el pluralismo político tanto a nivel institucional cuanto partidario y la corrección de las tendencias oligárquicas y el desmedido poder de las cúpulas partidistas así como la posibilidad de *revocación* de los representantes mediante su no elección en sucesivas contiendas electorales al entender que no ha cumplido adecuadamente sus labores de representación.

<sup>356</sup>En este sentido, Santaolalla (1986, p. 38) afirma: “[...] el voto no bloqueado – al igual que otras medidas que pueden imaginarse – no trata de forzar un retorno, por lo demás imposible, al parlamentarismo de personalidades individuales. Su más alto valor – al igual que la prohibición del mandato imperativo, de la que deriva – consiste en contribuir al correcto funcionamiento del Estado democrático de partidos, siendo así un factor no solo congruente con éste, sino muy especialmente *legitimador del mismo*. Junto a lo anterior, el voto no bloqueado contribuye a la educación política del pueblo, en cuanto se le dota de una mayor responsabilidad, y, por otra parte, puede ayudar notablemente a superar el abstencionismo y la apatía electoral. Pues no cabe duda que abre una posibilidad de influenciar más directamente con el voto la vida política, estimulando así la participación. El elector que sabe que con su voto no solo respalda a un partido, sino que marca una orientación dentro del mismo, estará más dispuesto a acudir a las urnas que al que solo se demanda una actitud de ratificación”. En sentido similar, cf. Guillén López, 2011, pp. 236-7.

contar con mecanismos complementarios de participación inmediata en atención a los principios constitucionales de soberanía popular (art. 1.2 CE) y de participación (art. 9.2 CE). Sorprendentemente, la dicción literal del art. 23.1 CE, escasamente aclarativa en relación a su contenido descriptivo y material, choca frontalmente con la relevancia funcional de los mecanismos de democracia directa en la defensa de una adecuada concepción de democracia participativa. La importancia del artículo 23 CE como eje del sistema democrático no se corresponde con su concreción técnica, aún más flagrante en cuanto a la participación directa.<sup>357</sup>

Esta insuficiencia se ve corregida parcialmente con la inserción en diversos artículos del cuerpo constitucional de los principales institutos que dan cuerpo a la participación directa y semidirecta: el art. 87.3 referido a la ILP y los arts. 92, 149.1.32, 151, 152, 167, 168 y disposición transitoria 4ª relativos a las diferentes modalidades de referéndum<sup>358</sup>. La concreción material tanto de la ILP como del Referéndum fue tarea del legislador orgánico en atención al art. 81.1 CE.

El necesario equilibrio entre representación y participación directa se ve imposibilitado por la indisimulada restricción material a que el legislador orgánico sigue sometiendo a los segundos. La participación ciudadana, como se ha visto, está prácticamente constreñida a la representación a través de los partidos políticos<sup>359</sup>. La supremacía de la democracia como representación se hace más compleja de entender si se analizan detenidamente las supuestas causas histórico-políticas que sirvieron de fundamento a esta más que discutible decisión<sup>360</sup>. La severa restricción de los

---

<sup>357</sup> En este sentido, Virgala Foruria (2013, p. 18) afirma: “De ahí, que en la Constitución de 1978, a pesar de lo que señalan los artículos 9.2 («corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política») y 23.1 (los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes...), las instituciones de democracia directa prácticamente son inexistentes”.

<sup>358</sup> Dejamos al margen, aun cuando es una técnica de democracia directa, el derecho de petición del art. 29 CE por motivos de relevancia funcional.

<sup>359</sup> En este sentido, Oliver Araujo (1989, p.120) afirma: “Esta clara opción a favor de la democracia representativa aparece, sin embargo, algo disfrazada en el artículo 23 de la Constitución, al afirmar 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». Y digo que este artículo es algo engañoso porque puede hacer pensar que estamos ante una «constitución mixta», que «pretende armonizar el principio representativo con el ejercicio» de amplias formas de participación directa, cuando en realidad lo que se ha consagrado es un sistema casi exclusivamente representativo”.

<sup>360</sup> “La discusión en el Congreso de los Diputados de los artículos referentes a la iniciativa popular y al referéndum provocó varios debates de alto nivel en torno a los «dos grandes principios políticos de representación y participación». Lo que en el fondo se dilucidaba en los mismos era determinar en que grado los instrumentos de participación directa debían «sobresalir en el juego político o ser meros

mecanismos de participación directa se basa en el recuerdo de experiencias pasadas de uso plebiscitario en etapas autoritarias. La práctica continuada de los mismos en democracias consolidadas como Italia, Suiza o algunos Estados de los EEUU desmiente la incompatibilidad entre ambos modelos. Y, si nos atenemos a causas históricas, ha de decirse que el régimen franquista no se sostuvo gracias al referéndum ni el mismo fue de uso corriente, pues fue únicamente convocado en dos ocasiones – en 1947, para refrendar la Ley de Sucesión y en 1966, para la Ley Orgánica del Estado –. (VÍRGALA FORURIA, 2013, p. 19)

La democracia española no precisa ser conservada. Precisa, eso sí, de más deliberación y participación del *demos*<sup>361</sup>. La continua dejación del legislador orgánico en ampliar los cauces materiales de participación directa supone una contravención del principio democrático del art. 1.1 y la soberanía popular del 1.2 CE.

Es indiscutible la condición accesoria de los mecanismos de participación directa y semidirecta respecto de las formas representativas. No obstante, tanto el diseño constitucional cuanto el desarrollo legislativo han terminado por imposibilitar la inserción del ciudadano como protagonista de una verdadera democracia participativa. La clave, como apunta Pérez Sola, hay que buscarla en la redacción del art. 6 CE que proclama a los partidos como «instrumentos fundamentales» de la participación política. Un reconocimiento que sumado a la natural vocación expansiva de poder y protagonismo de aquéllos ha terminado por relegar las formas de participación directa a un plano marginal y a un rigorismo normativo improcedente. (ASTARLOA VILLENA, 2002, pp. 276; PÉREZ SOLA, 1996, p. 111)

El análisis de la configuración legislativa de la ILP y el Referéndum como principales manifestaciones de la democracia participativa ocupa el siguiente apartado. Como se verá, ni uno ni otro contribuyen a hacer de nuestro modelo democrático una democracia avanzada, idea que debería incluir la efectiva participación ciudadana en las decisiones de los poderes públicos.

---

correctores de la democracia representativa». Y hemos de afirmar que aunque el Anteproyecto de Constitución recogía una amplia gama de modalidades de participación directa, durante el proceso parlamentario fueron sensiblemente cercenadas, ante el temor de que fueran utilizadas demagógicamente por grupos minoritarios, y ante la imperiosa necesidad de consolidar y fortalecer los partidos políticos tras cuatro décadas de gobierno autoritario”. (OLIVER ARAUJO, 1989, p. 120)

<sup>361</sup> En este sentido, cf. Carrasco Durán, 2014, p. 182.

### **3.4.1 La regulación normativa de la Iniciativa Legislativa Popular: un mecanismo de democracia participativa de discretísima funcionalidad.**

#### 3.4.1.1 La naturaleza de la ILP y su regulación constitucional: notas generales.

La ILP es, en abstracto, un instituto jurídico a través del cual los ciudadanos participan activamente en la fase de propuesta legislativa dirigida al Parlamento<sup>362</sup>. Su diseño normativo ha de otorgar a una fracción numérica determinada del Cuerpo Electoral la posibilidad de proponer una Ley a las Cortes para que ésta se pronuncie sobre su aceptación total, parcial o bien su rechazo motivado (ASTARLOA VILLENA, 2002, p. 279; GARCIA PELAYO, 1996, pp. 183-4; LUCIANI, 2008, p. 6). No tiene carácter decisorio, sino promotor de la acción legislativa. Más allá de su capacidad de influencia, ciertamente limitada sobre el legislador, no cabe duda que es un mecanismo de impulso ciudadano de la acción política. Su adecuado diseño contribuye al refuerzo de las vías participativas ciudadanas, originando la entrada en el Parlamento de aquellos grupos sociales cuyos intereses no se hayan convenientemente representados (LARIOS PATERNA, 2008, p. 198; 2003, pp. 88-9). La pretensión final de la iniciativa es dinamizar y servir de acicate a la instancia legislativa, impidiendo que el sistema constitucional quede rehén de ella. Un hecho que se producirá en el momento en que el Parlamento permanezca impasible ante los necesarios cambios que la realidad política y el progreso histórico precisan (CARRASCO DURÁN, 2014, p. 182; VEGA, 1985, p.121).

La ILP es proyección material del derecho de participación política del art 23.1 CE. A través de ella se permite a la ciudadanía impulsar el procedimiento legislativo e interactuar con los representantes políticos, buscando la deliberación sobre cuestiones tenidas por la sociedad como políticamente relevantes e insatisfactoriamente resueltas. A su fundamentación constitucional ha de añadirse una motivación social y política no menos relevante: la ILP es mecanismo corrector de la escasa participación ciudadana en una democracia desorbitadamente representativa como la española (CABEDO MALLOL, 2009, pp. 455-76). Es una institución excepcional – por su rareza en

---

<sup>362</sup> Una de las definiciones de la ILP tenidas por clásicas es la formulada por Biscaretti di Ruffia (1987, p. 422) en los siguientes términos: “La *iniciativa popular* consiste en la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley formal a una determinada fracción del cuerpo electoral”.

Derecho comparado – con que *podría* contarse en nuestro derecho constitucional para favorecer la interacción ciudadanos-instituciones representativas en el procedimiento legislativo. Lo verdaderamente relevante de la ILP no es la capacidad de influenciar la agenda política del Parlamento, sino de movilizar a la ciudadanía y generar opinión sobre temas políticamente relevantes. (ARANDA ÁLVAREZ, 2006, p. 192; PÉREZ LUÑO, 1993, pp.97-9)

La preferencia del constituyente de 1978 en favor de la representación política relegó a la ILP a una posición marginal. La valentía del legislador constituyente en incorporar al texto constitucional una rareza del Derecho Comparado no se ha correspondido con una regulación ni constitucional ni legalmente adecuada. En efecto, el bloque compuesto por la CE, la LO 3/1984, los Estatutos de Autonomía y las leyes autonómicas garantizan la práctica nulidad de aquella, sirviendo escasamente para canalizar la participación ciudadana y, cuando lo hace, es para morir en el intento, impidiendo la concreción legal que refleje el posicionamiento de los promotores (VIRGALA FORURIA, 2013, p. 18). Ello contribuye en buena medida a que los partidos sigan ocupando en solitario el centro de la escena política<sup>363</sup>. (MARCO MARCO, 2006, pp. 40-1)

La ILP del art. 87.3 CE trae origen histórico del artículo 66 de la Constitución de 1931<sup>364</sup> y de la italiana de 1947 en sus artículos 71 y 121<sup>365</sup>. Su condición de

---

<sup>363</sup> Ciertamente elocuente resulta en este sentido la reflexión de Blanco Valdés (2000, p. 97) quien afirma que: “La historia de nuestra experiencia partidista en los veinte años transcurridos entre 1978 y 1988 resulta, antes que nada y sobre todo, la de la progresiva gestación de un generalizado cambio de opinión. ¿Quién no pensaba en el 78 que había que fortalecer los partidos? ¿Y quién no cree hoy, por el contrario, que los partidos ocupan un espacio desproporcionado en el funcionamiento del régimen político español?”.

<sup>364</sup> Sobre la configuración jurídica de la ILP en la Constitución de 1931, Martínez Jiménez (2012, p. 10) afirma: “Las restricciones formales eran enormes (Astarloa, 2003), ya que el 15% de electores censados implicaba la recogida de casi dos millones de solicitudes (sobre un censo de 12.953.425 electores), algo prácticamente imposible en el contexto de aquella España mayoritariamente rural. Por lo tanto, aunque se reconocía de iure, de facto se imposibilitaba su utilización, por lo que no era más que una «cláusula cerrada» destinada a no usarse”.

<sup>365</sup> Cuesta López (2008, p. 326) cuestiona la idoneidad de la traslación de los supuestos de la Constitución Italiana de 1947 a la CE 1978 en los siguientes términos: “El constituyente español, en cambio, opta por trasladar, casi literalmente, las restricciones materiales del referéndum abrogativo italiano al art. 87.3 CE. Esta traslación es discutible atendiendo a la diferencia esencial entre ambas instituciones: la iniciativa ciudadana de referéndum abrogativo se dirige al cuerpo electoral que impone su voluntad a los representantes políticos mientras que la iniciativa legislativa del ciudadano siempre puede ser rechazada en sede parlamentaria. Nuestro constituyente, además de garantizar que las propuestas de iniciativa ciudadana estarían siempre subordinadas a la voluntad de las Cámaras, también quiere ahorrar al legislador eventuales presiones políticas externas respecto a un conjunto de materias especialmente sensibles”.



proyección material del art. 23.1 CE encuentra acomodo tanto en el Preámbulo de la LOILP como en su artículo 6º, que otorga a la Comisión Promotora la posibilidad de interponer recurso de amparo ante la inadmisión a trámite tomada por la Mesa del Congreso de los Diputados<sup>366</sup>.

La redacción dada a los arts. 87 a 89 de la CE hace de la ILP un mecanismo de iniciativa legislativa subsidiario respecto de la correspondiente al Ejecutivo y Cámaras. La posición preeminente del Ejecutivo en materia de iniciativa legislativa se ve nuevamente reforzada por el art. 97 CE, que le otorga la función de dirección política del país. La centralidad del Ejecutivo en materia de iniciativa legislativa respondió a la desconfianza que el legislador constituyente sentía hacia posibles usos con tintes manipulativos por parte de grupos minoritarios de los mecanismos de la democracia participativa. La praxis se ha encargado de desmentir los miedos del constituyente. La inmensa mayoría de las iniciativas legislativas populares planteadas proceden de asociaciones, sindicatos, partidos y colegios profesionales, lo cual desmiente un pretendido uso torticero o demagógico de la misma. El objetivo principal ha sido acercar temas sensibles para la ciudadanía a un escenario político que, ante la falta de interés de los partidos mayoritarios, no habrían encontrado cobertura alguna. (ARANDA ÁLVAREZ, 2006, p. 196).

La regulación constitucional de la ILP es severamente restrictiva y procedimentalmente generalista. Están excluidas de la iniciativa ciudadana el núcleo principal de las decisiones políticas, a saber: las materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional y las relativas a la prerrogativa de gracia. Procedimentalmente, la Constitución exige la recogida de un mínimo de 500.000 que, al ser una exigencia de mínimos, puede ser aumentada<sup>367</sup>.

La restricción material ha sido objeto de ampliación por el legislador orgánico al incluir en el art. 2 de la LOILP la planificación económica y la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado de los arts. 131 y 134 CE. Estas competencias son exclusivas del Gobierno por su condición de actor principal de la dirección política del

---

<sup>366</sup> Vid. STC 76/94, F.J. 2º.

<sup>367</sup> En este punto, Pérez Luño (1993, pp. 98-9) afirma: “[...] al excluirse de la iniciativa popular el desarrollo a través de leyes orgánicas, se le cierra, precisamente, la vía principal para el desarrollo normativo de los derechos y libertades. Se merma, de este modo, la operatividad de la iniciativa legislativa popular y, en suma, su contribución para evitar la «violación por omisión» de los fines constitucionales que se hallan encarnados en el sistema de los derechos y libertades fundamentales”.

país (art. 97 CE). La jurisprudencia del TC excluyó asimismo la ILP de la reforma constitucional. El Alto Tribunal, en la Sentencia 76/1994, inadmitió proposición de ley de iniciativa legislativa popular reformadora de la Constitución, declarando que tal competencia es exclusiva de los órganos del art. 87.1 y 2 CE<sup>368</sup>. Esta actitud de cautela frente a la ILP ha sido mimetizada por las Comunidades Autónomas.

El rigor, cautela y desconfianza con que el legislador constituyente reguló la ILP y las restricciones procedimentales introducidas por el legislador orgánico en la Ley Orgánica 3/84, de 26 de marzo la convirtieron en papel mojado<sup>369</sup>. La reforma de este cuerpo legal a través de la Ley 4/ 2006, de 26 de mayo ha traído algunas mejoras de carácter procedimental. La ILP, a pesar de la reforma de 2006, continúa siendo un mecanismo jurídico de discretísima funcionalidad como incentivador de la participación ciudadana<sup>370</sup>. Puede considerarse poco menos que un “brindis al sol” (MARCO MARCO, 2009, p. 2). No se comprende que en una democracia estable como la nuestra y que aspira según su Preámbulo a ser avanzada se continúe hurtando a los ciudadanos la posibilidad de influir cualitativamente en los asuntos públicos.

---

<sup>368</sup> Artículo 87. **1.** La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras. **2.** Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

<sup>369</sup> Sobre las restricciones funcionales de la LO 3/84 de Iniciativa Legislativa Popular (LORILP), Alonso de Antonio y Martínez Ferrero (1996, p. 568) afirman: “Pues bien, la LORILP ha limitado todavía más las exigencias constitucionales, sometiendo la iniciativa popular a requisitos muy estrictos que expresan el recelo y la desconfianza de los órganos representativos hacia las formas de participación directa, por considerar que actúan en detrimento del papel nuclear de las instituciones del sistema político.” En sentido análogo, Cabrera Acosta (1999, p. 51) afirma: “La fórmula genérica empleada por el constituyente a la hora de establecer dicha remisión hacía temer la posibilidad de que el legislador incrementaría los límites y restricciones que ya de por sí se establecían en la Constitución. En efecto, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, se confirmó esta posibilidad, ya que en ella se establecen tal carrera de obstáculos que permiten afirmar que la iniciativa legislativa popular se ha configurado como una simple expresión testimonial sin apenas efectividad práctica”.

<sup>370</sup> En este sentido, Soriano (2002, pp.111-2) afirma: “La iniciativa legislativa popular, como las consultas populares o referendos, dejan mucho que desear en nuestro ordenamiento jurídico, porque las cautelas del constituyente y del legislador las han convertido en inaccesibles e impracticables por los ciudadanos. Algunos estudiosos de la materia no son parcos en adjetivos fuertes contra esos instrumentos de la llamada democracia directa (a los que les viene mejor la denominación de democracia semidirecta, debido al extraordinario control de los órganos de la democracia representativa). [...] En efecto, los parlamentarios entraron a saco en el recorte de la iniciativa legislativa popular, que fueron dejando poco a poco y sin descanso maltrecha a lo largo del proceso constitucional y legislativo. En el proceso constitucional a través de las enmiendas *in voce*. Al final del proceso, por si aun no era suficiente la poda, en la Comisión Mixta Congreso-Senado excluyeron de la iniciativa legislativa popular las materias de ley orgánica, precisamente las que mayor interés despiertan en los ciudadanos y las más susceptibles de una iniciativa popular. [...]. Los actores de la democracia representativa, dando muestras – no sé si también lo pensaban – de ser los únicos actores posibles de la escena política, arremetieron sin piedad contra uno de los medios clásicos de la democracia directa aceptados en el constitucionalismo europeo”.

Los ciudadanos estamos capacitados para elegir a nuestros representantes. ¿Por qué, entonces, no podemos disponer de un sistema que nos permita presentar iniciativas legislativas sobre las cuales, además, los representantes ejercen amplias competencias de fiscalización? ¿Cuáles son las razones de semejante inmovilismo? (MARCO MARCO, 2009, p.3)

La democracia participativa no pretende ni sustituir la representación. Pretende sencillamente otorgar vías participativas al ciudadano en procesos colectivos de decisión cuantitativamente heterogéneo. Estimular la identificación de la ciudadanía con las instituciones democráticas y servir de contrapeso al oligopolio actual de la clase política en la toma de decisiones públicas es su razón de ser (AGUIAR DE LUQUE, 2000, p. 69). La ILP, convenientemente regulada, es un mecanismo de participación francamente útil para reducir la brecha existente entre las instituciones representativas y la ciudadanía.

#### 3.4.1.2 El desarrollo legislativo por la LO 3/1984: la conversión de la ILP en letra muerta.

La regulación original de la figura de la ILP mediante la Ley Orgánica 3/84 hizo de este instituto de democracia participativa un espejismo jurídico. Pasados 22 años desde la redacción original de la Ley 3/84, las cautelas y rigores constitucionales se han mostrado más que suficientes para evitar el mal del populismo y la demagogia que tanto condicionaron al constituyente. Un rigorismo que pedía una reforma de la ley en pro de su funcionalidad<sup>371</sup>. Tal reforma se ha llevado a cabo a través de la Ley Orgánica 4/2006. Los resultados pueden calificarse de decepcionantes debidos tanto a la confluencia de factores institucionales enraizados en nuestra democracia – un sistema parlamentario fuertemente racionalizado – como a la propia naturaleza utópica de la democracia directa que, contrariamente al efecto deseado del autogobierno, puede

---

<sup>371</sup> En este sentido, Aranda Álvarez (2006, p. 197) afirma: “Durante todos estos años se ha demostrado que la Ley establecía requisitos para el ejercicio de la iniciativa popular que nada aportaban su buen uso y, por el contrario, impedían que los ciudadanos pudiesen hacerla valer. Se ha observado como cuestiones relacionadas con la forma de hacer efectiva la compensación económica a la Comisión Promotora y su deficiente regulación retardaba, en exceso, en algunos casos, incluso años, el pago. En esa misma línea, la cantidad que se daba como compensación había quedado obsoleta (30 millones de pesetas). No menos problemas planteaba el breve plazo que se daba para la recogida de firmas (seis meses ampliables tres más); que no se estableciese un plazo para que las iniciativas formalizadas fuesen incluidas en el orden del día de un pleno para su debate de toma en consideración, o que los promotores no pudiesen intervenir en su defensa en sede parlamentaria”.

provocar desapego, inestabilidad e inseguridad jurídica y política (ARANDA ÁLVAREZ, 2006, pp. 197-8).

Ambas justificaciones son susceptibles de comentarios críticos. La existencia de un parlamentarismo fuertemente racionalizado no es incompatible con la presencia de vías alternativas de participación ciudadana en el proceso legislativo. Los poderes públicos están obligados por el art. 9.2 CE a remover los obstáculos para facilitar la participación de los individuos y grupos sociales en la vida política del país. Una obligación que redobla su sentido al conservar el Parlamento intacta la prerrogativa de aceptar o descartar la iniciativa. La ILP obstruye la normalidad parlamentaria. Todo lo contrario. Puede contribuir a dinamizar el proceso legislativo ofreciendo enfoques legislativos complementarios que doten de mayor legitimidad social a las propuestas legislativas. Es lícito preguntarse si el preocupante desapego político del ciudadano no se ha visto reforzado por la inexistencia de vías de participación alternativas al sufragio electoral que han terminado por reducir nuestro sistema a una “democracia plebiscitaria”.

La lectura del Preámbulo de la Ley 3/84 establece como preceptos orientadores de la propia Ley tanto el art. 87.3 como el artículo 9.2 CE. Mencionado el derecho de los ciudadanos a la participación directa y establecidos los requisitos numéricos de la ILP, así como las bondades de la institución – instrumentar la directa participación del titular de la soberanía en el proceso legislativo rector de la vida en comunidad y la proposición de nuevas vías de acción legislativa de amplio calado social –, comienzan las cortapisas a su funcionalidad real en atención a diferentes causas. El recelo del legislador frente a la ILP se basa, en primer lugar, en la importancia del aprendizaje de las experiencias históricas del periodo franquista en materia de referendo. También tiene en consideración las experiencias históricas en países de nuestro entorno geográfico.

No hay como negar que la praxis histórica en materia de participación directa no fueron especialmente ilustrativas. No obstante, el riesgo de una utilización demagógica del poder es igualmente posible en las instituciones de la democracia representativa. Los elementos de democracia directa son elementos de control político del poder de los Parlamentos. Su eliminación virtual posibilita el ejercicio por aquellas de una soberanía ilimitada. El sistema constitucional hunde sus raíces en el equilibrio de

los poderes y tan nocivo puede ser la apelación a la soberanía del pueblo como la apelación sin el pueblo a la soberanía parlamentaria. (VEGA, 1985, p. 137)

La base histórica en que se apoya la LOILP no es defendible hoy día. El sistema de partidos es estable. La democracia como forma de gobierno en España se encuentra sólidamente aceptada<sup>372</sup>. No existen corrientes populistas o demagógicas políticamente relevantes. La ciudadanía y numerosos movimientos sociales articulados reclaman una mayor participación e influencia en el proceso legislativo. Unas formas asociativas ciudadanas con un grado de respaldo social significativo que merece ser atendida por el legislador<sup>373</sup>. La superación de fantasmas históricos, la estabilidad institucional, la crisis política y la articulación ciudadana en busca de mayor protagonismo en las instituciones justifican la reforma de la LOILP que proponemos en los siguientes epígrafes.

#### 3.4.1.3 La iniciación del procedimiento ante el Parlamento: la Comisión Promotora.

El procedimiento de la ILP se inicia a través de la Comisión Promotora, órgano manifiestamente protagonista en el ejercicio de este mecanismo de participación cuya composición numérica o constitución formal no ha sido objeto de concreción alguna en la Ley 04/06. La anomalía legal implica su indeterminación numérica. Su constitución formal se lleva a cabo en el acto de presentación de la proposición de ley ante la Mesa del Congreso. La incorrección de la técnica legislativa favorece la confusión interpretativa e inseguridad jurídica. Si la titularidad de la ILP corresponde a los electores, es este órgano de composición y naturaleza difusa a quien le corresponde

<sup>372</sup> En este sentido, Martínez *et al* (2011, p. 23) afirman: “Hace unos días conmemorábamos los doscientos años de constitucionalismo español. Sin el boato de otras efemérides, ni mucho menos el brillo de cualquier éxito deportivo de estos tiempos, la fecha del inicio de las Cortes de Cádiz, el 24 de septiembre de 1810, ha sido festejada por ser el punto de partida de nuestro actual sistema político. Dos siglos después podemos afirmar que vivimos el periodo democrático más extenso de nuestra historia contemporánea. Más de tres décadas desde la aprobación del actual marco constitucional en que nuestro país no solo ha avanzado en materia de derechos políticos, sino que ha desarrollado una estructura de poder a mitad de camino entre las tendencias mundializadoras actuales y el modelo federal reivindicado de nuestro pasado”.

<sup>373</sup> El principal movimiento ciudadano en pro de la regeneración democrática – el 15 M – mantiene dos años más tarde un apoyo popular del 78%. Entre sus principales peticiones destacan la regeneración de las instituciones democráticas y la exigencia de una mayor participación ciudadana en las instituciones. [http://politica.elpais.com/politica/2013/05/18/actualidad/1368894896\\_892384.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/05/18/actualidad/1368894896_892384.html). Como escisión principal del movimiento 15-M se encuentra la asociación “Democracia Real ya” que aboga por un mayor control ciudadano de las instituciones y una mayor participación ciudadana. [http://politica.elpais.com/politica/2012/04/22/actualidad/1335113954\\_554411.html](http://politica.elpais.com/politica/2012/04/22/actualidad/1335113954_554411.html) (acceso el 27/05/2013)

llevar a cabo los trámites previstos en la ley: la presentación de la propuesta, la interposición de recurso de amparo ante el TC, la reclamación y recibo de los gastos de compensación, etc (HERRERO LERA, 1998, p. 285).

La iniciación del procedimiento requiere de la presentación ante la Mesa del Congreso del texto articulado de la proposición de ley, con su correspondiente exposición de motivos y la identificación de los miembros que componen la Comisión Promotora (art. 3.2). El articulado de la ley 03/84 imponía la obligatoriedad de justificar las razones de la proposición y toma en consideración de la iniciativa de forma escrita. Con ello cerraba la puerta a la comparecencia de algún miembro de la Comisión en el Pleno de la Cámara para defender el texto presentado. La LO 04/06 ha paliado parcialmente esta injustificable exclusión de la defensa *in voce* de la propuesta al remitir la concreción de tal garantía al Reglamento de las Cámaras en la fase de tramitación de la iniciativa<sup>374</sup>.

3.4.1.4 Las múltiples causas de exclusión material e inadmisión procedimental: la disfuncionalidad material de la ILP está asegurada.

Elemento central y notablemente polémico del texto de la ley es el referido a las causas de inadmisión de la proposición de ley del art. 5. De entre ellas sobresale la exclusión material del art. 5.2 a), concretada por el artículo 2º. Las causas que condujeron a la exclusión de tales materias obedecieron a motivaciones de distinta naturaleza – bien políticas, bien jurídicas - y que por su relevancia serán objeto de comentario individualizado. El artículo 2º de la ley repite las restricciones del artículo 87.3 CE incorpora un quinto ámbito material. Debe comentarse que la reforma legal aquí analizada ha eliminado la causa de inadmisibilidad referida a la existencia de proposición no de ley aprobada por una Cámara sobre la materia de ILP, injustificable ante la distinta naturaleza de las proposiciones no de ley.

---

<sup>374</sup> El art. 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados dice así: Las proposiciones de ley de las Comunidades Autónomas y las de iniciativa popular serán examinadas por la Mesa del Congreso a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Si los cumplen, su tramitación se ajustará a lo previsto en el artículo anterior, con la única especialidad de que en las de iniciativa de una Asamblea de la Comunidad Autónoma la defensa de la proposición en el trámite de toma en consideración corresponderá a la Delegación de aquélla.

El primer bloque, el de mayor relevancia cuantitativa y cualitativa, es el conjunto de materias sobre las que recae Ley Orgánica referidas en el art. 81.1 CE<sup>375</sup>. Engloba este apartado las materias relativas a derechos fundamentales y libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución – entre las cuales está el Defensor del Pueblo (art. 54 CE), la propia ILP (art. 87.3 CE), el Consejo de Estado (art. 107 CE) o el Tribunal Constitucional (art. 165 CE), entre otros ejemplos–.

La exclusión del art. 81.1 CE obedece a una doble motivación. El art. 75 CE excluye la posibilidad de delegar a las Comisiones legislativas la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. Una prohibición que se aplica igualmente al electorado. No obstante, la principal motivación es de carácter político. El legislador pretendió evitar el impulso ciudadano en materias que afectaban al corazón de la convivencia y que pudieran ser potencialmente objeto de excesos y actitudes demagógicas y populistas. Una justificación insostenible hoy día. Especialmente crítica se muestra Larios Paterna. Según la autora, debería permitirse a la ciudadanía la presentación de iniciativas populares en todas aquellas materias atribuidas competencialmente a las Cámaras para, admitiendo o rechazando la propuesta, proteger en definitiva el interés público (LARIOS PATERNA, 2003, p. 221).

Este bloque supone en sí mismo una restricción material de tal calibre que hace de la ILP un instituto de uso marginal<sup>376</sup>. Excluir la posibilidad de que el ciudadano participe en el impulso legislativo de los asuntos más relevantes de la convivencia democrática reduce al mínimo las cuestiones alternativas con capacidad de movilización de sectores sociales extensos (LARIOS PATERNA, 2003, p. 222). Un grave perjuicio que además, como apunta Biglinio Campos, puede verse incrementado por la interpretación extensiva que de los límites materiales pudiera hacerse en el juicio de admisibilidad por el órgano legitimado para la aceptación o rechazo de la propuesta: la Mesa del Congreso (BIGLINIO CAMPOS, 1987, pp.112-3). Un juicio de admisibilidad que, dicho sea de paso, supone una notoria excepción al simple control formal del resto de las proposiciones de ley y de su adecuación a Derecho.

---

<sup>375</sup>La limitación material de reserva de ley orgánica ha supuesto el rechazo de casi el 40% de las iniciativas populares presentadas ante la Mesa del Congreso. Cf. con Martínez Jiménez, 2012, p.15.

<sup>376</sup>Sobre la interpretación de la amplitud de la reserva material de ley orgánica en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, vid. por todos, García de Enterría y Fernández, 2011, pp. 141-9.

Nos encontramos ante la más imprecisa e injustificada de las limitaciones impuestas a la ILP. De un lado, han de salvarse las incertidumbres propias de la reserva de ley orgánica diseñada constitucionalmente. De otra parte, caben interpretaciones extensivas por parte de la Mesa del Congreso. La única contramedida es la posibilidad de recurrir en amparo.

La exclusión de las materias de naturaleza tributaria y de carácter internacional se justifica en el respeto al principio representativo que permea el texto constitucional. Las materias que por su propia naturaleza corresponden al Parlamento escapan al impulso legislativo del electorado. Los tributos son configurados como competencia exclusiva de los Parlamentos democráticos con el ánimo de evitar abusos sucedidos en el Antiguo Régimen o en regímenes de corte dictatorial (RAMÍREZ, 1985, p. 143). La política internacional es competencia del Gobierno en su condición de director de la política interior y exterior (art. 97 CE). A esta circunstancia hay que añadir la complejidad técnica de la firma de los Tratados Internacionales.

La exclusión de la ILP en materia de tributos o política internacional es justificada por Biglinio Campos ante la posibilidad de posibles intenciones demagógicas en busca de la eliminación de tributos o bien de presiones a los poderes públicos en materias de política exterior<sup>377</sup>. La cuestión tributaria es un Estado como el español, *tributariamente asimétrico*, es un tema especialmente delicado sometido a difíciles equilibrios interterritoriales. Para Cuesta López, la condición de la iniciativa legislativa como proyección del derecho fundamental a la participación política en materia legislativa debería ser argumento suficiente para que operase una aplicación restrictiva de las exclusiones en materia tributaria dirigidos a la eliminación de un tributo o la proposición que ley que afecte a materias reguladas por Tratados internacionales (CUESTA LÓPEZ, 2008, p. 328). No debe olvidarse que el procedimiento de la ILP es tan solo una propuesta de iniciativa sometida al control absoluto por parte de las Cámaras. Un motivo que justifica sobradamente una interpretación restrictiva de las causas de inadmisibilidad (ARAGÓN, 1985, p. 305)<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup>Cf. Biglinio Campos, 1987, p. 109. En sentido similar, cf. Astarloa Villena, 2002, p. 291.

<sup>378</sup>No es ésta la línea de actuación ni de la Mesa del Congreso ni del propio Tribunal Constitucional, quien en el Auto 26/1958, de 16 de enero y en el Auto 592/1985, de 18 de septiembre, confirmó la inadmisibilidad de iniciativas legislativas populares que incidieran en materia tributaria.



En política exterior hay precedentes que juegan en contra de la presunta neutralidad de los poderes públicos en consultas al electorado. Nos referimos a las diferentes sensibilidades para hacer uso del referéndum consultivo del art. 92 CE. Mientras este se utilizó para decidir la entrada de España en la OTAN en 1985, se entendió que no procedía para interpelar a la ciudadanía sobre la entrada de España en la Guerra de Irak. Una y otra cuestión, con inúmeras y complejas consecuencias políticas, jurídicas, económicas y sociales ponen de manifiesto que también los representantes políticos pueden hacer uso interesado y demagógico de los institutos de participación directa<sup>379</sup>. Como afirma Vega (2007, p. 125)

[...] el problema del referéndum y el de la iniciativa no es el de su reconocimiento y regulación por el ordenamiento constitucional, sino el del uso o abuso que de ellos pueda hacerse por los propios poderes constituidos, cuando, conculcando la lógica del sistema, los utilizan en una perspectiva diferente y con unos fines distintos de los legalmente previstos.

El cuarto apartado del art. 2º alude a las prerrogativas de gracia. La inclusión de este apartado responde a motivaciones de marcado carácter político. Como es bien sabido, el monopolio de la coacción física legítima es prerrogativa exclusiva del Estado<sup>380</sup>. Tan sólo el Estado tiene la potestad legítima de castigar. El derecho a castigar encuentra su reverso en el derecho de gracia, el derecho a conceder indultos ante situaciones de desproporcionada dureza de la ley formal. Una prerrogativa formal del Rey cuya competencia material es del Poder Ejecutivo (art. 62.i CE). Es esta una facultad que por su propia naturaleza puede ser susceptible de utilización con tintes políticos. Posibles usos demagógicos de minorías que pudieran presionar para conseguir el indulto o gracia de delincuentes políticos el constituyente motivaron al constituyente a excluirla de las materias susceptibles de iniciativa popular (ASTARLOA VILLENA, 2002, pp. 291-2; ESTEBAN; LÓPEZ GUERRA, 1982, p. 90; BIGLINIO CAMPOS, 1987, pp.108-9).

---

<sup>379</sup> En este sentido, Mellado Prado (1986, p. 187) afirma: “En cuanto a la interpretación manejada respecto a la vinculación de los resultados del referéndum consultivo del artículo 92 CE para el Gobierno, hay que señalar que fue confusa hasta el final. Desde el momento de la convocatoria – e incluso con anterioridad – el Gobierno manejó numerosas – y en ocasiones sorprendentes – hipótesis sobre el vis vinculante del referéndum, considerando esencialmente que fueran cuales fueran los resultados, éstos no vinculaban ni jurídica ni políticamente al Gobierno. Esta fue también la interpretación en el seno de la derecha, manifestada principalmente por su líder, Manuel Fraga”.

<sup>380</sup> Sobre tal instrumento coercitivo, Pérez Royo (2010, p. 54) afirma: “Se trata, sin duda, del elemento más conocido y más pacíficamente admitido de todos los que definen el Estado. El Estado no es solamente un poder político sino un poder en régimen de monopolio, un poder que no tolera la existencia de competidores”.

Cierra el grupo de materias excluidas la planificación de la actividad económica general y la Ley de Presupuestos Generales del Estado de los arts. 131 y 134 respectivamente. Tales competencias son lógica expresión de la condición del Ejecutivo de director de la política económica del Estado. Complementariamente, el art. 143.6 CE establece que cualquier propuesta que redunde en una modificación al alza o la baja de los ingresos presupuestarios precisa inexcusablemente de la conformidad del Gobierno para su posterior tramitación. Las posibilidades de participación ciudadana en el ámbito de la planificación económica se canalizan a través del entramado de organizaciones sociales, profesionales, económicas, políticas y sindicales integradas en el Consejo Económico y Social, según redacción del art. 131.2 CE (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, 1987, p. 1730).

Una última imposibilidad no regulada en el texto de la ley es la exclusión de la ILP para la activación del procedimiento legislativo conducente a la reforma de la CE (art. 166). Resulta sorprendente que la CE, al tiempo que equipara la iniciativa legislativa ordinaria con la iniciativa de reforma, excluya a la ILP de ésta última. Tal planteamiento encierra una contradicción entre la proclamación en sede teórica de los principios de soberanía popular y poder constituyente del pueblo. Aun cuando nuestro ordenamiento equipara las iniciativas legislativas ordinarias y de reforma el pueblo queda excluido de la actuación del poder constituyente. La relevancia del principio de participación del art. 9.2 CE junto a la categoría de derecho fundamental a la participación política del art. 23.1 CE debieran haber sido argumentos más que suficientes para incluir la reforma constitucional dentro del ámbito de la ILP. Una iniciativa que por su propia relevancia e implicaciones en la articulación estatal debería exigir un número de firmas superior al número genérico de 500.000. Pero el constituyente, en una decisión que puede calificarse de absurda, entendió que con ello evitaba hipotéticos usos arriesgados o demagógicos desestabilizadores para el sistema<sup>381</sup>. (VEGA, 2007, pp. 134-138)

---

<sup>381</sup>En sentido contrario, Pérez Royo (1987, p. 143) afirma sobre las conclusiones de De Vega lo siguiente: “Los argumentos son razonables, aunque, desde luego, tan razonablemente se podría argumentar lo contrario, es decir, que dada la prudencia con que se debe afrontar el tema de la reforma de la Constitución, la iniciativa debe partir de los instrumentos de articulación política característicos de los Estados democráticos modernos, es decir, de las instituciones representativas. Que ésta es la mejor garantía para que la reforma se desarrolle con la serenidad y la ponderación que el tema requiere”.

La amplitud de materias excluidas responde a una decisión eminentemente política en el contexto de una cultura de ejercicio del poder por parte de los operadores jurídicos fuertemente hermética. Los mecanismos de democracia participativa, convenientemente diseñados, no solo no suponen un peligro para el Estado constitucional en general y los poderes constituidos en particular. Son una valiosa contribución en aras a reforzar los sistemas de frenos y contrapesos que forman parte de su esencia<sup>382</sup>. La experiencia ha venido demostrando que no es a través de la ILP desde donde se han producido los ataques a la representación. No se ha suprimido un riesgo real, puesto que nunca se ha comportado como tal. En vez de utilizar sus virtudes, se ha optado por incrementar sus inconvenientes reduciéndola al ostracismo político. (VEGA, 2007, pp. 122-38)

La conjunción de ambos factores – las restricciones materiales en sede constitucional y su extensión en la LO – reducen la ILP a un mecanismo participativo materialmente ineficiente. Los campos normativos particularmente delicados quedan fuera de su ámbito de actuación. En este punto, se constata nuevamente el desproporcionado conservadurismo de los operadores jurídicos. Los ámbitos de decisión primarios continúan siendo, 35 años más tarde, prerrogativa exclusiva de nuestros representantes políticos.

A las limitaciones materiales hay que añadir igualmente limitaciones procedimentales. El apartado c) del artículo 5º merece un breve comentario. Es causa de rechazo el que la proposición verse sobre materias manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí. La excesiva vaguedad del articulado introduce un amplio margen de discrecionalidad en favor de la Mesa del Congreso, sin reflejo en las proposiciones de ley presentadas por otros actores – Cámaras de las Cortes y Parlamentos Autonómicos –. Una prueba más del recelo del legislador hacia la ILP.

---

<sup>382</sup>En sentido similar, pero con matices, Castellá Andréu (2013, p. 204) afirma: “La insoslayable regeneración democrática no pasa por la sustitución de la forma de estado constitucionalizada, la democracia representativa, por la democracia directa, sino sobre todo por la mejora de la democracia representativa. A esta mejora debería contribuir la potenciación de la democracia semidirecta y participativa (iniciativa legislativa popular – ILP -, audiencias, foros de participación). En consecuencia, tales instituciones participativas no pueden quedar relegadas a una posición marginal como la que han ido asumiendo en nuestra democracia representativa, ni tampoco actuar como “contrapoder”, lo que sería más propio de determinados tipos de referéndum – no presentes en nuestro ordenamiento – como el revocatorio”.

El punto d) del artículo 5º establece como causa de admisión la existencia previa en el Congreso o Senado de un proyecto de ley en trámite de enmiendas que verse sobre el mismo objeto. En abstracto, su objeto es evitar que los ciudadanos insistan en demandas normativas que sean objeto de estudio por las Cámaras en su momento de presentación. La identidad de objeto es un requisito de exclusión necesario pero no suficiente. El pluralismo ideológico, valor elemental en democracia, posibilita que sobre un mismo objeto puedan existir planteamientos ideológicos contrapuestos o complementarios que merezcan ser objeto de igual consideración. De lo contrario, proposiciones con coincidencias parciales o sustanciales, pero diversas en las soluciones propuestas pueden verse indebidamente desatendidas.

Esta insuficiencia parece corregirse parcialmente en el punto e), al hablar de contenido igual o substancialmente equivalente. No obstante, hubiera sido deseable establecer como criterio de inadmisión no solo la identidad de contenido, también el ya haber sido admitida a trámite otra iniciativa equivalente (MARCO MARCO, 2009, p. 15). Esta inconcreción abre la puerta a la utilización fraudulenta de la iniciativa legislativa, al permitir a un colectivo presentar una proposición manifiestamente irregular, bloqueando posibles alternativas legítimas de cualesquiera otros colectivos.

#### 3.4.1.5 El juicio de admisibilidad.

La Mesa del Congreso dispone de un plazo de 15 días para determinar la admisibilidad de la ILP (art. 5). Es este el momento procesal de mayor relevancia en la tramitación de la ILP. Su adecuado o inadecuado ejercicio incide directamente en la protección o vulneración del derecho de participación, sea en las funciones parlamentarias de los representantes, sea de los propios ciudadanos. La jurisprudencia del TC admite la posibilidad de que vía Reglamento de las Cámaras se regule el examen de idoneidad más allá de los requisitos formales ante la existencia, como en la ILP, de límites materiales establecidos por la CE. (Sentencia 38/1999, FJ 3ºB). El juicio de admisibilidad es manifiesta excepción a la actividad ordinaria de calificación y admisión del resto de proposiciones de ley, cuya amplitud queda delimitada al control de los requisitos formales y, en su caso, de adecuación al Derecho (CUESTA LÓPEZ, 2008, p.343).

### 3.4.1. 6 La recogida de firmas.

De verificarse la idoneidad formal, material y de contenido de la iniciativa ciudadana se inicia el procedimiento de recogida de las 500.000 firmas. Si nos asomamos al Derecho Comparado, nos encontramos con que la cifra numérica exigida a los ciudadanos españoles es significativamente mayor que la requerida en países de nuestro entorno geográfico. Esta exigencia ha supuesto una barrera de difícil franqueo<sup>383</sup>. En caso de rechazo de la iniciativa la Comisión Promotora puede recurrir en Amparo la resolución ante el TC. Con ello el legislador ha pretendido evitar la indefensión que pudiera producirse ante una eventual resolución arbitraria de la Mesa del Congreso, acto parlamentario sin fuerza de ley que escapa al control de la jurisdicción ordinaria. El poder recurrir en amparo es manifiesta evidencia de que la ILP es proyección material del derecho de participación política del art. 23.1 CE<sup>384</sup>.

El art. 7.2 LOILP fija el inicio del cómputo temporal para la recogida de firmas en el momento en que la Junta Electoral Central notifique a la Comisión Promotora la admisión a trámite de la iniciativa. El legislador ha sido consciente de las dificultades que un plazo de 6 meses conllevaba para la recogida de las 500.000 firmas. Por ello, lo ha ampliado a 9 meses y, de apreciarse por la Mesa del Congreso la existencia de causa mayor, podrá ser objeto de posible extensión por 3 meses más (art. 7.3).

La jurisprudencia del TC ha determinado el carácter excepcional de la prórroga, que será objeto de interpretación y aplicación restrictiva<sup>385</sup>. La atribución de la facultad de extender el plazo a la Mesa del Congreso resulta inconsistente. Ésta se encuentra al margen del seguimiento del proceso, pudiendo desconocer la relevancia de

<sup>383</sup> En este sentido, Martínez Jiménez (2012, p. 17) afirma: “La mayor barrera que encuentra la ILP está en la necesidad de recoger 500.000 firmas ante fedatarios públicos en el plazo de nueve meses, lo que supone un impedimento prácticamente insalvable. De hecho, de las pocas ILP que han conseguido salvar el durísimo filtro de la inadmisión, tan solo nueve consiguieron las firmas necesarias.” En relación a las cifras numéricas exigidas para la toma en consideración, Portugal (35.000), Italia (50.000), Holanda (40.000) y Austria (100.000) imponen cifras numéricas ciertamente más bajas que las exigidas por España”.

<sup>384</sup> *Vid.* TC, Auto 140/1992 (FJ 2º).

<sup>385</sup> El Auto 140/1992, de 25 de mayo, FJ 3º afirma que: “Tampoco es irrazonable pensar que la decisión de la concesión de la prórroga no puede dejarse en manos de las partes y que, dado que la prórroga de un plazo es una excepción al término general y común, esta posibilidad debe ser interpretada y aplicada restrictivamente, porque -según se dice en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1984 «resulta evidente la inconveniencia de que el proceso quede abierto con carácter indefinido». En consecuencia, no cabe emplear aquí -como se intenta en la demanda- la lógica derivada de un favor libertatis, sino antes bien la contraria: preservar la conveniencia de que un procedimiento de recogida de firmas, por lo que tiene en común con una campaña o contienda electoral, no se prolongue indefinidamente”.

posibles contingencias que justifiquen la extensión. El plazo de recogida de las firmas, según demuestra la práctica, precisa ser ampliado siempre. La gran mayoría de las iniciativas presentadas en el Congreso no alcanzan la fase de toma en consideración por no haber podido reunir el número de firmas en el plazo establecido en los cómputos temporales establecidos en la legislación.

El órgano encargado de velar por la regularidad del procedimiento de recogida de firmas es la Junta Electoral Central. Los ciudadanos disponen de dos vías alternativas: o bien ante Notario, Secretario Judicial o Secretario Municipal del municipio en que aquel figure como elector o bien mediante la firma electrónica (arts. 9.2 y 7.4 respectivamente). Esta nueva posibilidad supone una herramienta de gran utilidad en el cumplimiento de las condiciones de recogida de las firmas. La parquedad de la regulación conlleva la remisión obligatoria a la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que ha supuesto la consolidación definitiva de la firma electrónica en el ámbito administrativo.

Reunidas las firmas necesarias, la Comisión Promotora las enviará para su recuento y validación a la Junta Electoral Central, asistida por la Oficina del Censo Electoral para. En el plazo de 15 días se realiza la comprobación y recuento inicial de dichas firmas (art. 11.1). La certificación definitiva es realizada por la Junta Electoral Central y enviada a la Mesa del Congreso (art. 12).

#### 3.4.1.7 La tramitación parlamentaria.

La fase de tramitación de la proposición de ley se inicia con su inclusión en el orden del día para su consideración por el Pleno de acuerdo a lo dispuesto en los Reglamentos de las Cámaras (art. 13). La reforma 4/2006 ha supuesto dos mejoras procesales. Por una parte ha establecido un plazo máximo de 6 meses, acabando con la indeterminación temporal de la regulación anterior. Al margen de la idoneidad de la fuente de referencia – parece más adecuada su regulación en el RCD al tratarse de cuestiones de orden interno –, con ello se ha pretendido evitar que ciudadanos y promotores se vean injustamente afectados por dilaciones excesivas en base a consideraciones del juego parlamentario o intereses electorales que acaben por

desnaturalizar la propuesta ciudadana<sup>386</sup>. Paralelamente, se ha puesto fin a la esperpéntica situación anterior según la cual la defensa de la proposición de ley estaba limitada a su lectura previamente redactada.

El art. 13.2 prevé la posible participación de algún miembro de la Comisión Promotora en la fase de tramitación parlamentaria, remitiendo su concreción a los Reglamentos de las Cámaras. Esta remisión reglamentaria en el cuerpo de la ley está justificada por mandato constitucional (arts. 87.1 y 89.1 CE). No puede considerarse una grave extralimitación material el que la propia ley hubiera establecido la garantía de comparecencia. De esta forma, los interesados conocerían con mayor exactitud el contenido de su derecho. La dependencia de una hipotética reforma del Reglamento de las Cámaras deja en entredicho la virtualidad práctica de esta mejora. (MURO I BAS, 2007, p. 380). Esta previsión contribuiría no solo a la mejora del procedimiento de aprobación de tales iniciativas – al incorporar al debate de toma de consideración el diagnóstico social motivador de tal propuesta y posibles soluciones –, sino que contribuye a la realización del pluralismo político y la integración de intereses al permitir la presencia en la Cámara de los promotores. Otros beneficios paralelos, no menores, sería la intensificación de los principios de transparencia y publicidad de la actividad legislativa y el refuerzo de la legitimidad y eficacia de las leyes. Tales beneficios no alteran la función legislativa parlamentaria ni el monopolio parlamentario en la adopción de la decisión. (LARIOS PATERNA, 2008, p. 203)

El art. 127 del Reglamento del Congreso de los Diputados regula la comparecencia de los Miembros de la Comisión, si bien exclusivamente para el supuesto de la presentación de iniciativas legislativas por parte de las CCAA<sup>387</sup>. Ha de seguirse esperando que los operadores legislativos den cobertura a una exigencia de participación plena de sentido común. Sería igualmente lógico que, en línea con las

---

<sup>386</sup> En este sentido, Larios Paterna (2008, p. 196) afirma: “[...] cabe valorar muy positivamente este tipo de medidas porque el control que la Cámara tiene en la priorización de asuntos y las nulas o escasas posibilidades de los proponentes de la iniciativa para influir en ello pueden provocar que una iniciativa de origen popular pueda ser relegada y con ello perder actualidad o quedar muy alejada del momento en que se plantea por sus proponentes”.

<sup>387</sup> Art. 127 RC. Las proposiciones de ley de las Comunidades Autónomas y las de iniciativa popular serán examinadas por la Mesa del Congreso a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. Si los cumplen, su tramitación se ajustará a lo previsto en el artículo anterior, con la única especialidad de que en las de iniciativa de una Asamblea de la Comunidad Autónoma la defensa de la proposición en el trámite de toma en consideración corresponderá a la Delegación de aquella.

leyes catalana y navarra, se extendiera la participación a la fase de deliberación de la Comisión Legislativa así como a la del Pleno. En este último supuesto, con voz pero sin derecho de voto<sup>388</sup>.

Garantía procesal relevante es el no decaimiento de la ILP en fase de tramitación parlamentaria por la disolución de una de las Cámaras. La Mesa del Congreso puede decidir la retracción de la iniciativa a la fase que estime conveniente, con el límite de exigir acreditar nuevamente la validez de las firmas (art. 14). La retroacción de la iniciativa sólo debería operar en el supuesto de una variación sensible en la composición del arco parlamentario que diere lugar a la configuración de nuevas mayorías. Un escenario que, dicho sea de paso, no parece probable por el *bipartidismo de facto* existente en nuestro sistema de partidos.

El articulado de la ley concluye con el resarcimiento de los gastos por parte del Estado a la Comisión Promotora de aquellas proposiciones de ley que hubieran alcanzado la tramitación parlamentaria. Ello se produce en el momento en que la Junta Electoral Central confirma a la Mesa del Congreso el cumplimiento en tiempo y forma de la recogida de firmas. No se precisa la toma de consideración por parte de las Cámaras para el devengo del resarcimiento de los gastos. La ley fija un techo de 300.000€ convenientemente actualizados según IPC (art. 15). El pago de los gastos es obviamente un acicate para la presentación de iniciativas. Cuesta imaginar a un grupo de ciudadanos desembolsando una cantidad nada despreciable a fondo perdido. No obstante, condicionar el resarcimiento de los gastos a la comprobación efectiva del trámite de las 500.000 firmas hace de esta mejora una verdad a medias, ya que la experiencia práctica viene demostrando que la gran mayoría de las iniciativas planteadas han decaído precisamente por no haber podido cumplir con el requisito numérico exigido por la ley.

---

<sup>388</sup> Como afirma Pérez Alberdi (2013, p. 349): “Estas medidas no alterarían la capacidad decisoria de las Cortes Generales, y sin embargo, contribuirían a la realización del principio participativo ex artículo 9.2 de la CE y del pluralismo político que son dos condiciones imprescindibles para el logro de la Democracia avanzada que propone el Preámbulo de la Norma fundamental”.



### 3.4.1.8 De la teoría a la práctica: la persistencia de los principales defectos en la reforma de la LO 4/2006.

Reproducido el *iter* procesal diseñado por la Ley 4/2006 es momento de realizar un breve análisis empírico sobre la relevancia que la ciudadanía y las organizaciones sociales ha concedido a la ILP y el grado de éxito que las iniciativas presentadas han tenido. Los datos empíricos son ciertamente desalentadores: desde su puesta en práctica en 1984 tan solo una de las 59 proposiciones ciudadanas – más 7 pendientes de calificación - presentadas ante la Mesa del Congreso ha sido finalmente adoptada como ley ordinaria por las Cortes y subsumida en otro proyecto de ley<sup>389</sup>.

La contundencia de tales cifras habla por sí sola del rigor material, formal y procedimental de la regulación normativa de un instituto de democracia participativa “herida de muerte” (SORIANO, 2002, p. 111). Una situación agravada por dos factores complementarios. En primer lugar, una jurisprudencia del TC en completa sintonía con los juicios de admisibilidad de la Mesa del Congreso. En segundo término, una actitud inflexible del legislador en la emisión del juicio de oportunidad política, sea desfavorable a la iniciativa ciudadana, sea desnaturalizando por completo la propuesta en el procedimiento de elaboración de la ley.

Este panorama no ha retraído a la ciudadanía en el uso de la ILP. Todo lo contrario. El número de iniciativas presentadas ante el Congreso experimenta un suave pero constante incremento<sup>390</sup>. La ILP sigue siendo para la ciudadanía un instituto de democracia participativa a través de la cual ejercer el derecho de participación política del art. 23.1 CE. La persistencia de la ciudadanía y organizaciones no gubernamentales en impulsar el procedimiento legislativo desmiente la idea de despolitización y desinterés ciudadano en la gestión de los asuntos públicos. La última prueba de ello ha sido la reciente ILP conocida como de “dación en pago”. Esta iniciativa llegó a recabar 1.402.854 firmas<sup>391</sup>.

<sup>389</sup>Cf. Martínez Jiménez, 2012, p.19; Pérez Alberdi, 2013, p. 320. Información disponible en [www.congreso.es](http://www.congreso.es)

<sup>390</sup>El número de iniciativas presentadas en el Congreso de los Diputados en las últimas 5 legislaturas ha sido de 11 en la VI, 13 en la VII, 13 en la VIII, 23 en la IX y 17 en la actual. Datos disponibles en [www.congreso.es](http://www.congreso.es) (acceso el 23/05/2013).

<sup>391</sup>El número total de firmas y su distribución por CCAA puede comprobarse en <http://afectadosporlahipototeca.com/2013/02/09/la-ilp-para-la-dacion-en-pago-recoge-1-402-854-firmas-de-apoyo/>. (acceso el 02/07/2013)

La notable contradicción entre la regulación jurídica de la ILP y una realidad socio-política marcada por el persistente interés ciudadano en participar en el procedimiento legislativo a través de la ILP constituyen una poderosa razón para la proposición de reformas que posibiliten y mejoren su eficacia material. La primera reforma a acometer es la del art. 87.3 CE mediante el procedimiento del art. 167 CE<sup>392</sup>.

El sistema constitucional, como es bien sabido, se legitima en la exigencia de adecuar la realidad jurídica a la realidad política. Es a ésta exigencia de equilibrio entre ambas realidades a la que responde el mecanismo de la reforma constitucional. Seguir afirmando que la actual regulación constitucional y legislativa de la ILP responde a la realidad política es una ilusión de jurista. Es tanto como establecer un distanciamiento de imprevisibles consecuencias entre la normativa constitucional, que va por un lado, y la vida política efectiva, que discurre por otro (VEGA, 2007, pp. 67-8). El mecanismo de la reforma, lejos de ser un riesgo para el Estado constitucional democrático, es un instituto revitalizador y de defensa del mismo.

Nuestra realidad jurídica continúa ignorando la realidad socio-política en materia de participación ciudadana. Hoy día están plenamente superadas las causas histórico-políticas que originaron los desmedidos recelos hacia la ILP. El sistema de partidos español es estable; nuestra democracia es formalmente sólida; no existen corrientes populistas o demagógicas socialmente relevantes desestabilizadoras del sistema. Estos argumentos se ven complementados por otro de especial relevancia: la sociedad española está asistiendo a un proceso de rearticulación política mediante el cual está demandando la ampliación de los canales participativos con el objetivo de fortalecer la legitimidad social de las instituciones y la democracia como sistema político<sup>393</sup>.

---

<sup>392</sup>Artículo 167 CE. 1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

<sup>393</sup>En este sentido, Cuesta López (2008, p. 409) afirma: “Las comunidades políticas con auténtica vocación democrática están llamadas a organizar sus espacios institucionales de participación ciudadana. Desde nuestro punto de vista, la participación del ciudadano en la conformación de las decisiones

La reforma del art. 87.3 ha de realizarse según lo previsto en el art. 167 CE. El nuevo texto ha de resaltar las virtudes de la iniciativa legislativa popular como elemento de dinamización y perfeccionamiento del proceso legislativo, permitiendo la defensa en las instituciones representativas de nuevos planteamientos ideológicos, técnicos e intereses por parte de la ciudadanía. La democracia representativa no tiene por qué verse amenazada. Todo lo contrario. Enriquecer el debate político, abriendo las instituciones a la ciudadana, fortalece la credibilidad en la democracia representativa<sup>394</sup>.

#### 3.4.1.9 Algunas propuestas de mejora del pulso vital de la ILP.

El primer ámbito de mejora dice en relación a los sujetos legitimados para la interposición de la ILP. De forma coherente con la línea mantenida en relación al derecho de sufragio, la legitimidad activa ha de otorgarse igualmente a aquellos ciudadanos de terceros países residentes legalmente en nuestro país. La participación en el proceso legislativo ha de ser un derecho de todos aquellos residentes que estén sometidos legalmente al ordenamiento jurídico español. No faltan voces de la doctrina que admitan la extensión del derecho a los ciudadanos comunitarios, basándose en el hecho de que la ILP no implica ejercer la soberanía, siendo una manifestación de las fórmulas de Democracia participativas sobre la que no ha de recaer la restricción que opera *ex* artículo 13.2 CE (PÉREZ ALBERDI, 2013, p. 309).

Especial importancia adquiere la reducción de los límites materiales. La ILP cobrará sentido si se posibilita la iniciativa ciudadana en materia de derechos fundamentales y régimen electoral, materias que en principio son susceptibles de generar una mayor movilización e interés social por su centralidad en el sistema democrático. El activismo ciudadano está dando palmarias muestras de interés y conocimiento técnico suficientes en el uso de las fórmulas participativas que merecen otra respuesta por parte del legislador. Ha de desterrarse de una vez el mito de la incapacidad ciudadana para proponer iniciativas legislativas en materias de “especial

---

públicas no constituye una amenaza para la democracia representativa de corte liberal, sino un acicate para la realización de sus valores esenciales”.

<sup>394</sup>En este sentido, Larios Paterna (2003, p. 173) afirma: “El pluralismo político se expresa de modo principal en la institución parlamentaria donde están representadas las diversas opciones ideológicas presentes en la sociedad y la integración de los intereses que tiene lugar en la misma se manifiesta de forma principal en el procedimiento legislativo. Tal función integradora puede ser potenciada y completada con una mayor participación ciudadana, a través de las organizaciones y entidades en que se organizan los individuos, cuando sus intereses puedan resultar afectados por la regulación que se está gestando, de modo que la defensa de los mismos no quede reservada únicamente a los partidos políticos por conducto de los grupos parlamentarios”.

sensibilidad”. La organización de la vida en comunidad debe permitir la participación de su principal destinatario: el conjunto de la sociedad.

La transparencia procedimental y la interacción entre la Comisión Promotora y los órganos parlamentarios es otra de las áreas de mejora de la actual normativa. Una contribución estimable sería el facilitar asesoramiento institucional a los promotores sobre los límites y extensión de las barreras materiales, formales y procedimentales. Con ello se mejoraría el refinamiento técnico de las propuestas.

La Comisión Promotora debe contar con la garantía de personarse en la fase del juicio de admisibilidad para clarificar aquellos extremos dudosos de la propuesta y disponer, en su caso, de un plazo temporal para la subsanación de los mismos. Igualmente debiera garantizarse la presencia de la Comisión en la fase central del procedimiento mediante la audiencia pública ante la respectiva comisión legislativa. Los promotores, de esta forma, podrían fijar sus posiciones frente a enmiendas presentadas a la iniciativa legislativa. (CUESTA LÓPEZ, 2008, pp. 420-4; LARIOS PATERNA, 2008, p. 195)

Un aspecto especialmente polémico es la posible retirada de la iniciativa legislativa una vez tomada en consideración por la Cámara. El art. 129 RCD requiere, para que la propuesta de retirada tenga efectos, el acuerdo del Pleno. Dicho en otros términos: los proponentes cuentan con un derecho a solicitar la retirada cuya efectivación es prerrogativa de los representantes políticos. Ello implica reconocerles implícitamente la función de velar por los principios de la propuesta y no manutención ante las enmiendas – legítimas – que la Cámara pudiera realizar. La regla general ha de ser la solicitud de retirada condicionada a la aprobación del Pleno. Mayor complejidad reviste la atribución del derecho directo de retirada a la Comisión Promotora ya que, al no estar reconocido al resto de proponentes, supondría una alteración del régimen de retirada de las iniciativas parlamentarias. (LARIOS PATERNA, 2008, p. 196).

El capítulo de reformas requiere de la reducción del número de firmas exigidas para la tramitación de la ley □ 500.000 firmas acreditadas □. Esta cifra viene siendo un obstáculo casi insalvable y a pesar de las mejoras introducidas mediante la denominada

firma electrónica<sup>395</sup>. Exigir una intensa movilización social mediando una restricción que excluye de la iniciativa ciudadana las materias de mayor interés en la vida política de la comunidad es ciertamente desproporcionado. Tan solo grupos sociales organizados, en su mayoría vinculados a partidos o sindicatos, dispondrían de los medios adecuados para alcanzar tales cifras. El derecho comparado añade mayor confusión a la decisión del legislador constituyente. La cifra exigida por nuestro constituyente es sensiblemente superior a la establecida en países democráticos de nuestro entorno geográfico. Especialmente llamativos son los casos de Portugal o Italia, países con los cuales España comparte características socio-políticas trasladadas en numerosos casos al texto de la CE 1978<sup>396</sup>.

El conjunto de estas reformas y otras que puedan derivarse de la experiencia práctica harán de la ILP un instituto eficiente de dinamización del procedimiento legislativo. El titular de la soberanía popular ha de contar con medios alternativos al sufragio electoral para ejercer la labor de control de los gobernantes y poder incluir sus intereses de forma directa en la agenda política. Si se cree en la ILP, ha de dársele la regulación que la haga funcionar correctamente. En caso contrario, es más lógico prescindir de ella. Los caminos, en este sentido, son alternativos: hacer de la democracia española una democracia participativa o exclusivamente representativa a través de los partidos. (MARCO MARCO, 2006, p. 77).

### **3.4.2 El referéndum consultivo del art. 92 CE: un instituto de democracia directa de uso marginal.**

#### 3.4.2.1 Notas generales.

Cuando se habla de democracia directa, el instituto jurídico al que se alude de forma inequívoca es el referéndum. Las ambigüedades manifestadas por la doctrina sobre la naturaleza de la ILP y su excepcionalidad en el Derecho comparado no le

---

<sup>395</sup> En este sentido, Cuesta López (2008, p. 418) afirma: “La imposibilidad de reunir el número de firmas necesarias en el plazo fijado por la legislación es una causa de fracaso especialmente significativa para las iniciativas ciudadanas que fueron admitidas a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados”.

<sup>396</sup> La cifra de 500.000 signatarios supone el 1,45% de un censo electoral cifrado en 34.297.301 electores. Países como Portugal (35.000 firmas) e Italia (50.000 firmas) presentan cifras absolutas y porcentajes de censo requeridos sensiblemente inferiores al español. En el caso de Portugal, el porcentaje es del 0,30% y en el caso italiano, 0,09%. Cf. con Martínez Jiménez, 2012, p.17.

afectan en demasía. El referéndum está presente en la gran mayoría de los textos constitucionales y es tenido por la doctrina mayoritaria como el instituto referente de la democracia directa<sup>397</sup>. Desde los inicios del Estado constitucional moderno, la discusión sobre el alcance y los límites de la participación política se centró en la figura del referéndum. Una discusión que tuvo en Inglaterra y Francia su epicentro geográfico y en las figuras de Locke, Montesquieu y Rousseau sus exponentes centrales<sup>398</sup>.

Nuestra tradición constitucional apenas se hizo eco de las instituciones de democracia directa durante todo el siglo XIX. La falta de debate doctrinal en relación a la participación directa se debió a su ausencia del texto central de nuestro movimiento constitucional: la Constitución de 1812. Un cuerpo jurídico que sustentó el ideal político de la burguesía liberal. La cualidad esencialmente parlamentaria del régimen tuvo por correlato la incompatibilidad absoluta con toda institución de democracia directa. (AGUIAR DE LUQUE, 1977, pp. 235-6).

En un contexto europeo fuertemente inspirado por la Constitución de la República de Weimar, fue la Constitución de 1931 el texto que se hizo eco por primera

---

<sup>397</sup> En este sentido, Pérez Royo (2010, p. 505) afirma: “Realmente cuando se plantea el problema de la relación entre la democracia directa y la representativa es en el referéndum en lo que se piensa de manera casi inmediata y exclusiva.” En sentido similar, Aguiar de Luque (2000, p. 77) afirma: “[...] el referéndum, como figura a través de la cual el electorado es convocado a manifestar su posición respecto a una propuesta mediante un SI o un NO, ha ocupado el papel estelar, por cuanto es allí donde los ciudadanos verdaderamente intervienen en un proceso decisorio”. En sentido contrario, Luciani (2008, p. 3) afirma: “[...] no solo el referéndum no es una institución de democracia directa, sino que parece históricamente y lógicamente discordante con esa forma de gobierno. Históricamente, porque la institución referendaria nace y se desarrolla cuando se consolidan asambleas representativas cuyos miembros, como máximo, se tienen que dirigir a los representados para informar sobre las determinaciones asamblearias (y se dirigen ad referéndum, justamente). Lógicamente, porque una comunidad de ciudadanos que puede decidir en la plaza pública no necesita una modalidad de decisión alternativa bastante menos eficaz (aunque solo sea porque no consiente la discusión durante la decisión y no permite el uso de la facultad de enmienda). Para repetir lo que dijo Sieyès en una memorable intervención pronunciada a la Constituyente revolucionaria el día 7 de septiembre de 1789, solo el “concoirs immediat” de los ciudadanos “caractérise la véritable démocratie” y este “concoirs immédiat” se hace únicamente con la reunión en la plaza pública, por lo tanto el referéndum, que prevé un procedimiento completamente diferente como el voto secreto de los ciudadanos separados entre sí, según un método que “no es democrático, sino que es una expresión del individualismo liberal”, es un caso completamente diferente. El referéndum, por lo tanto, no se origina en la forma de gobierno democrático-directa, sino que tiene que considerarse como una institución (bien que – obviamente – no necesaria) del régimen representativo”.

<sup>398</sup> “La idea de participación del individuo en los asuntos públicos se encuentra en las raíces mismas de la idea de democracia que, procedente del mundo griego clásico, tiene modernamente como hitos decisivos la evolución del Parlamento británico a partir de las ideas de Locke, las convenciones de las colonias inglesas de América del Norte que serían el caldo de cultivo de algunos de los principios de la Constitución de Estados Unidos o las ideas ilustradas que precedieron a la Revolución Francesa (especialmente en Montesquieu, Rousseau y Sieyès) y están contenidas en la Declaración de 1789 y la Constitución de 1991”. (DE CARRERAS SERRA, 2011, p. 232).

vez de la dialéctica sobre la idoneidad de la democracia directa como contrapeso de un parlamentarismo hasta entonces incontestado<sup>399</sup>. Los institutos de participación directa fueron regulados en el art. 66<sup>400</sup>. No obstante, ni la ILP ni el Referéndum fueron utilizados en la práctica ante la falta de publicación de la ley especial que había de recoger las garantías de ambas instituciones. Hubo que esperar a la CE de 1978 para incorporar el Referéndum a la práctica constitucional a través de la LO 2/1980.

El referéndum, *amplio sensu*, es un instituto de participación directa que ha sido entendido desde una perspectiva dual en su dilatada experiencia empírica<sup>401</sup>. Su definición ha gravitado entre: a) Su concepción como herramienta de decisión plenamente democrática en manos de la mayoría para la ratificación de las leyes; b) Como amenaza para las minorías, sin olvidar el riesgo de *plebiscitación* de las consultas referendarias<sup>402</sup>. No son ajenos a la historia constitucional los múltiples ejemplos de uso adecuado o de abuso de esta herramienta de participación directa. La experiencia empírica de los países nórdicos hace del referéndum un útil contrapeso de la democracia representativa a través de la ratificación de las leyes emanadas de aquél. Como ejemplo contrario, baste recordar las prácticas plebiscitarias napoleónicas; el uso del referéndum

---

<sup>399</sup> “Las instituciones de participación política directa se generalizaron en el período de entreguerras como complemento del régimen representativo dirigido a superar la crisis del parlamentarismo, aportando una salida democrática a las situaciones de bloqueo de las instituciones políticas y una mayor legitimación popular de determinadas decisiones que se consideraban trascendentales para el desarrollo de la vida del Estado”. (PÉREZ ALBERDI, 2013, p. 235)

<sup>400</sup>El art. 66 de la Constitución de 1931 decía así: El pueblo podrá atraer a su decisión mediante “referéndum” las leyes votadas por las Cortes. Bastará, par a ello, que lo solicite el 15 por 100 del Cuerpo electoral. No serán objeto de este recurso la Constitución, las leyes complementarias de la misma, las de ratificación de Convenios internacionales inscritos en la Sociedad de las Naciones, los Estatutos regionales, ni las leyes tributarias. El pueblo podrá asimismo, ejerciendo el derecho de iniciativa, presentar a las Cortes una proposición de ley si que lo pida, por lo menos, el 15 por 100 de los electores. Una ley especial regulará el procedimiento y las garantías del “referéndum” y de la iniciativa popular.

<sup>401</sup>En este sentido, Aguiar de Luque (2011, p. 149) afirma: A favor [del referéndum] se argumenta su genuino carácter democrático al haberse superado las dificultades técnicas y políticas (especialmente la falta de madurez política del electorado) que pudieran oponerse en el pasado. En contra, al margen de la facilidad de su manipulación y consiguiente transformación en la práctica en plebiscito, se señala su dificultad para insertarse y conjugarse con los mecanismos propios del régimen parlamentario; este último descansa en el libre juego, debate, transacción y compromiso entre los partidos, en tanto que el referéndum dicotomiza la decisión, transciende (y en buena medida margina) el juego partidista y radicaliza las posiciones”.

<sup>402</sup> En este sentido, Pérez Alberdi (2013, pp. 236-7) afirma: “En principio, la finalidad del referéndum, en cuanto a forma de la participación política directa, es la de instrumentar cauces de expresión política de la ciudadanía – o lo que es lo mismo, de autodeterminación colectiva de la comunidad política – alternativos a las elecciones. Su función principal es , tal y como se apuntó en el periodo de entreguerras, la de la complementariedad a las instituciones de la democracia representativa y, en este sentido, su cometido principal es el de anticipar ( en el caso de que sea previo a la adopción de una decisión o de un texto normativo elaborado por los representantes) o de verificar (en el caso que sea posterior) la adecuación al sentir de los ciudadanos de las decisiones de los poderes públicos, dotándolas con ello de una legitimidad especial”.

por Adolf Hitler para establecer el régimen nazi; las convocatorias del General de Gaulle o las prácticas plebiscitarias del propio Franco<sup>403</sup>.

Valoraciones históricas aparte, no cabe dudar que convenientemente regulado y practicado, el referéndum fomenta la participación ciudadana y la deliberación en los asuntos públicos, contribuyendo a la democratización de las sociedades (SETÄLÄ, 1999, p. 1). El recurso puntual al referéndum no resulta incompatible con el normal funcionamiento del régimen parlamentario<sup>404</sup>. Esta afirmación se sustenta en tres factores interrelacionados: 1) Aportar un plus de legitimidad a la labor de las instituciones representativas al ser elemento de control y ratificación de las mismas; 2) Servir de contrapeso de posibles degeneraciones de un sistema parlamentario tendente a la burocratización de la vida política y al elitismo de los cúpulas dirigentes y; 3) Por último, incidir positivamente en la profundización de la democracia, trasladando a la ciudadanía el poder decisorio del que es supremo titular<sup>405</sup>.

#### 3.4.2.2 El referéndum en la CE 1978.

El referéndum fue ampliamente tratado en el Anteproyecto de la CE 1978. El art. 85 preveía tres consultas populares de naturaleza facultativa: sobre leyes votadas en Cortes pero no sancionadas; sobre decisiones políticas de especial trascendencia; y para la derogación de leyes en vigor. Las influencias de los textos constitucionales italiano, en el caso del referéndum abrogativo, y de Weimar en el supuesto del referéndum de arbitraje se dejaron sentir con notable claridad. La inicial amplitud tipológica se vio reemplazada por el recelo y la desconfianza final de los grupos políticos. Una actitud

---

<sup>403</sup>Sobre las prácticas plebiscitarias del General Franco en uso del referéndum, Pérez Sola (1994, pp. 19-20) afirma: “Dos fueron las consultas populares llevadas a cabo durante el régimen del General Franco. La primera en el 1947 con ocasión de la aprobación de las hasta entonces 5 Leyes Fundamentales y la segunda en 1966 para la aprobación de las reformas introducidas en algunas de ellas así como la incorporación de otras nuevas. [...] En cuanto a su objetivo, éste no es otro que la legitimación e institucionalización del régimen. Respecto al desarrollo de las campañas, las garantías en favor de la abstención o del voto negativo hay que recordar que resultaron nulas. Aspectos estos que confirman la utilización del referéndum por el General Franco como elemento de autolegitimación, cuando las circunstancias políticas internas o internacionales hacían peligrar la estabilidad del sistema, o al menos, la credibilidad de su aparente talante democrático”.

<sup>404</sup> Sobre la función complementaria del referéndum en el sistema representativo, Vega (2007, p. 122-3) afirma: “Su actuación no implica el asalto al Estado constitucional, sino que, al contrario, significa una complementación del sistema de checks and balances, de los frenos y contrapesos que más genuinamente lo definen y lo caracterizan. Con el referéndum, como ya sabemos, se ratifica o no un acto del poder constituido, lo que no supone menoscabar sus competencias y atribuciones”.

<sup>405</sup> Sobre las virtudes del referéndum, vid. Aguiar de Luque, 1986, pp. 9 y 10.



que acabó privando al referéndum de mayor significación política en el conjunto de la CE (PÉREZ SOLA, 1994, p.32).

Fueron varias las razones aducidas en el recorte funcional del referéndum, entre las que cabe destacar: a) la afinidad de estas consultas con las de la Ley del Referéndum franquista; b) la indeseada injerencia del ciudadano en el discurrir de la vida parlamentaria y la función legislativa y; c) por último, la desconfianza hacia el grado de madurez y comportamiento democrático del ciudadano (AGUILERA DE PRAT, 1992, p. 161; PÉREZ SOLA, 1994a, p. 5010). Los grandes beneficiarios de este argumentario, al ser excluida la iniciativa popular para exigir la celebración del referéndum, fueron los partidos. La posterior LO 2/80 se encargó de ratificar su posición de dominio en la práctica del referéndum consultivo<sup>406</sup>.

La versión final de los trabajos parlamentarios contempló una única modalidad de referéndum facultativo en el art. 92 CE: el denominado referéndum consultivo<sup>407</sup>. La redacción del artículo ha sido objeto de encendidas críticas tanto por su incorrección técnica como por la ubicación sistemática del propio precepto. La incorrección técnica se observa en que, a pesar de la pretensión de regulación genérica, la gran mayoría de las modalidades quedan al margen del art. 92 CE. Sobre su ubicación sistemática, la inclusión en el Capítulo II, Título III bajo la rúbrica “De la elaboración de las leyes” no parece la más afortunada, pues el referéndum consultivo no opera en el campo de la actividad legislativa. Es más, se encuentra al margen por completo del proceso de adopción ordinario de actos estatales. La razón de semejante ubicación se encuentra a medio camino entre el descuido y la inercia del legislador constituyente, quien prefirió evitar los posibles problemas técnicos derivados del reencuadre topográfico del referéndum consultivo. (SANTAMARIA, 1985, pp. 1315-6; LÓPEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 210)

---

<sup>406</sup> Análogamente, Aguilera de Prat (1992, p. 161) afirma: “En efecto, resalta el contraste entre la generosa asunción inicial de amplios mecanismos de participación directa en el Anteproyecto constitucional y los drásticos recortes introducidos en el texto definitivo por los principales grupos parlamentarios. Lo más paradójico es que en el sistema político español el protagonismo de los partidos es completo y los mecanismos institucionales creados no han hecho más que reflejar tal hecho; de ahí lo infundado de sus temores ante los pocos y subordinados *referenda* previstos en el ordenamiento”.

<sup>407</sup> Artículo 92. **1.** Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.**2.** El referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.**3.** Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

El debate constitucional y los resultados del mismo reflejaron las evidentes limitaciones que esta modalidad de participación iba a tener en un Estado diseñado desde sus orígenes como un Estado inequívocamente de partidos. El protagonismo, omnímodo sobre la vida política, sería ejercido por las cúpulas dirigentes. Las consultas a la ciudadanía serían, en consecuencia, mínimas. Otra muestra más del recelo con que los dirigentes miran a la ciudadana, fomentando el círculo de desconfianza de estos hacia la vida política e institucional. El resultado, como se verá, es una democracia empobrecida y controlada por los partidos. (SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 235).

#### 3.4.2.3 Características e *iter* procesal.

El referéndum consultivo se define por las siguientes notas esenciales: a) Por el carácter parlamentario de su iniciativa; b) Por ser su objeto una opción política al margen del proceso legislativo; c) Por su naturaleza meramente consultiva, es decir, carente de efectos jurídicos y; d) Por su carácter excepcional. Cuando se dice que la iniciativa es parlamentaria, se hace referencia a que el Gobierno, promotor de la iniciativa, ha de obtener obligatoriamente el consentimiento del Parlamento de acuerdo a su teórica primacía en los sistemas de democracia representativa<sup>408</sup>. En segundo lugar, la iniciativa no tiene por objeto la presentación al Parlamento de un texto articulado legal, sino una determinada opción política al margen del proceso legislativo. Por último, el resultado de la consulta no vincula jurídicamente al Gobierno. (CRUZ VILLALÓN, 1980, pp. 153-4)

La nota de excepcionalidad se ha llevado a la práctica hasta sus últimas consecuencias. En 35 años de democracia en España, el referéndum consultivo ha sido convocado tan solo en dos ocasiones – en marzo de 1986, para decidir la permanencia de España en la OTAN y con ocasión de refrendar el Proyecto de Tratado de la Constitución Europea en 2005 -. El caso del referéndum de la OTAN fue de todo menos

---

<sup>408</sup> “La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y los debates, dan, a consecuencia de ello, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un fuego vivo. Los partidos (que, según el texto de la constitución escrita, oficialmente no existen) ya no se enfrentan entre ellos como opiniones que discuten, sino como poderosos grupos de poder social o económico, calculando los mutuos intereses y sus posibilidades de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esta base fáctica compromisos y coaliciones”. (SCHMITT, 1990, p. 9)

un ejercicio de profundización democrática. La falta de didactismo democrático, de información veraz y una más que evidente actitud manipuladora del voto con que el conjunto de las fuerzas políticas actuaron lastraron su celebración<sup>409</sup>. La praxis política se ha encargado de hacer del referéndum poco menos que letra muerta<sup>410</sup>.

El *iter* procesal del referéndum consultivo involucra a tres órganos del Estado con intensidad y capacidades diferentes. La activación de la propuesta es prerrogativa exclusiva del Presidente del Gobierno, excepción hecha de las posibles reservas constitucionales (art. 2 de la LOMR 2/1980). No han faltado voces en la doctrina críticas con el excesivo protagonismo concedido a la figura del Presidente del Gobierno, reforzando las ya de por sí significativas notas presidencialistas de nuestro sistema<sup>411</sup>. El segundo órgano involucrado en su iniciativa es el Congreso. El art. 6 LOMR le atribuye la función de ratificación de la iniciativa gubernamental, evidenciando la posición de primacía del Presidente frente al Congreso. El Parlamento puede impedir la celebración de un referéndum, pero no puede forzar al Presidente a convocarlo. Por último, se exige la mayoría absoluta de los votos sobre el texto exacto.

El requisito de mayoría absoluta es objeto de valoraciones desiguales por la doctrina. Mientras para Pérez Sola es una innovación de carácter restrictivo no contemplada por la CE, para López González tal petición estaría validada por el art. 79.2 CE, que establece mayorías especiales diferentes de las establecidas para las leyes ordinarias. Una mayoría absoluta de muy probable consecución en aquellas legislaturas

---

<sup>409</sup>En este sentido, Pérez Sola (1994, p. 67) afirma: “Los argumentos esgrimidos a lo largo de la campaña, lejos de ir orientados a clarificar en la opinión pública la razón de ser de la permanencia en la OTAN, se insertaron en una dinámica completamente distinta. No se ofreció información veraz e imparcial sobre el funcionamiento interno de esta organización ni de las obligaciones que se derivaban para España de su condición de miembro de la misma. En efecto, el objetivo perseguido por las formaciones políticas distaba bastante de finalidades didácticas o pedagógicas para la población, antes al contrario, respondían a un claro maximalismo. En el caso del PSOE, se trataba de resaltar la idea de nuestra integración global en el mundo occidental y las ventajas y beneficios que se podían extraer de la permanencia en todos los foros en que se pudiesen defender los intereses nacionales. En este sentido incluso el buen momento de la economía española fue también utilizado como baza en pro de la conservación del status quo. Por su parte, la estrategia utilizada por las formaciones anti-atlantistas tampoco aportó un mayor conocimiento para el ciudadano del alcance y dimensión de la consulta, produciendo en amplios sectores de la izquierda una difícil disyuntiva en la que finalmente primó el pragmatismo”.

<sup>410</sup>Especialmente reveladoras resultan las palabras de Aguilera de Prat (1992, p. 162) quien ya por aquel entonces aventuraba un oscuro futuro al referéndum al afirmar que: “Tras el referéndum de la OTAN puede afirmarse que, en lo sucesivo, será muy improbable una nueva utilización del mismo. Debe recordarse que se trata de un tipo de referéndum exclusivamente *consultivo* y que *solo* puede convocar el Gobierno central, respaldado por su mayoría parlamentaria. Todo dependerá de si las circunstancias aconsejan en el futuro un eventual nuevo uso plebiscitario, pero la única experiencia conocida no invitará a su repetición, dada la alta y polarizada conflictividad que se manifestó”.

<sup>411</sup> Cf. Pérez Sola, 1994, p. 57.

de mayoría homogénea. La exigencia de mayoría absoluta puede ser entendida con un doble propósito: a) como garantía en manos de la oposición para el control de la consulta como “decisión política de especial trascendencia” y; b) como freno a su utilización desnaturalizada como sucedáneo de la confianza parlamentaria. En última instancia, corresponde al Congreso controlar la oportunidad y conveniencia de la consulta popular iniciada por el Gobierno. (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 212; PÉREZ SOLA, 1994, p. 52).

El último órgano estatal involucrado es el Rey, a quien le compete la prerrogativa formal de la convocatoria, aprobado el texto del referéndum por el Congreso de los Diputados y propuesto por el Presidente del Gobierno. La intervención del Rey es de carácter reglado, es decir, no susceptible de no producirse.

En este escenario, cabe preguntarse por la posible iniciativa ciudadana en materia de referéndum. Respuesta que se desprende de la redacción del art. 92 CE: no cabe la iniciativa popular en la propuesta de referéndum consultivo. La participación ciudadana en el referéndum consultivo queda limitada, pues, a la ratificación o rechazo de la propuesta realizada por el Gobierno, aprobada por las Cortes y convocada formalmente por el Rey.

La convocatoria de referéndum debe, de acuerdo a la clausula del Estado democrático, permitir la libertad de expresión e información, evitar la manipulación de la opinión pública y garantizar la claridad de la cuestión sobre la cual ha de pronunciarse el electorado. Deben evitarse totalmente preguntas implícitas no aparentes que realizadas con fines partidistas desvirtúen el objeto de la consulta<sup>412</sup>. Una actitud manipuladora que hubiera sido convenientemente evitada de haberse ampliado el papel otorgado por el legislador constituyente al Parlamento, permitiéndole no solo la labor de ratificación y control de la iniciativa, sino también posibilitando su intervención directa en la determinación de las circunstancias de la consulta y, particularmente, en la redacción de la pregunta al electorado (CRUZ VILLALÓN, 1980, p. 162).

---

<sup>412</sup> En este sentido, López González (2002, p. 213) afirma: “En efecto, la pregunta ha de ser formulada con claridad y precisión. No ha de olvidarse que el texto finalmente adoptado puede tener una influencia significativa en el comportamiento del electorado. Como es sabido, la formulación positiva de la cuestión planteada orienta en sentido favorable la respuesta del elector. Por el contrario, la formulación negativa de la pregunta tiende a provocar desconfianza en el ciudadano”.

Elemento objetivo especialmente polémico es la concreción de la expresión “decisiones políticas de especial trascendencia” del art. 92.1 CE. Un hecho que le ha valido severos reproches por parte de la doctrina<sup>413</sup>. El sustantivo *decisiones* remite a una denominación genérica susceptible de referirse a cualquier competencia de cualquier poder. Por su parte, la expresión *políticas de especial trascendencia* no arroja demasiada precisión conceptual sobre las mismas. Busca someter al electorado una opción política de carácter básico, susceptible de precisar posteriormente medidas legislativas o de gobierno congruentes con la voluntad popular expresada en la votación” (LÓPEZ GONZÁLEZ, 2002, p. 215). La exclusión del referéndum sobre proyectos de ley, en los cuales se contienen por lo general las medidas de mayor relevancia para la vida política de la sociedad, contribuye a desdibujar aun más los perfiles y el sentido del mismo. La indudable ambigüedad de la expresión obedece a un claro propósito: el otorgar al Poder Ejecutivo un amplio margen de libertad en su convocatoria, rehuendo controles externos que operarían *ope legis* en caso de existir una descripción tasada. (PÉREZ SOLA, 1994, pp. 45-6)

Igualmente polémica se presenta la concreción del alcance del término *consultivo*. El punto de partida es claro: se trata de un referéndum de carácter facultativo, es decir, el órgano legitimado para la convocatoria puede perfectamente adoptar la decisión sin necesidad de recurrir previamente al electorado. El objeto del referéndum no consiste en trasladar la responsabilidad del Gobierno al electorado. Se procura simplemente ratificar el estado de la opinión pública y su grado de concordancia con la acción política. La decisión ha de estar adoptada con carácter provisional y formalmente aprobada por el órgano competente para ello, a expensas únicamente de la ratificación *no vinculante* del electorado.

La ausencia de efectos jurídicos vinculantes no implica su irrelevancia política. Una decisión mayoritaria directa del electorado no puede ser obviada por los poderes públicos representativos. La consulta es efectivamente facultativa, pero necesariamente vinculante por la fuerza del principio democrático<sup>414</sup>. En el referéndum consultivo al

<sup>413</sup>Cf. Santamaría, 2001, pp. 1314 y ss; Pérez Sola, 1994, pp. 43 y ss.

<sup>414</sup> En este sentido, López González (2002, p. 216) afirma: “En Derecho Público el término “consultivo” hace referencia a que el procedimiento popular se sitúa en algún momento del procedimiento anterior a la adopción de la decisión. De esta manera, el término consultivo no se opone necesariamente a “vinculante”, sino a “ratificador” o “sancionador”. Lo que no cabe es que a través del referéndum del art. 92 CE se traslade al pueblo la indecisión de un poder público. En una Constitución como la española, que

electorado le es conferida la facultad de veto. Un veto popular que, de producirse, impediría que la decisión se adoptase. No cabe en democracia la actuación de un órgano del Estado contraria a la voluntad general formalmente expresada. Lo contrario sería tanto como asistir a una verdadera enajenación de la soberanía, a un golpe de Estado constitucional<sup>415</sup>. (ARAGÓN REYES, 1989, pp. 129-30; PÉREZ SOLA, 1994, p. 50)

El resultado de la consulta hace depender su virtualidad jurídica de la necesaria intervención del Parlamento. La propia naturaleza consultiva del referéndum faculta al Congreso para disponer de un evidente grado de discrecionalidad en la conversión de la decisión popular en un texto legal, tanto en aquellos supuestos inequívocos cuanto en casos de indecisión electoral. No obstante, la cuestión central, rodeada de motivaciones políticas, es bien más vaporosa. Parece lógico pensar que este tipo de referéndum no será utilizado cuando esté claro tanto el SI como el NO, sino cuando la posición del electorado esté fuertemente dividida. En estos casos, la ausencia de responsabilidad del electorado coloca al Gobierno en una situación extremadamente delicada al no poder rehuir el compromiso por el resultado de la convocatoria.

Ya sea por su evidencia o su potencial coste electoral, el referéndum consultivo aparece como un instrumento de escasa utilidad en la vida democrática. Y es que se antoja muy complejo imaginar a un Gobierno arriesgarse a asumir el enorme coste que pueda tener afrontar una decisión que podría llevarle a tener que dimitir y convocar elecciones.

---

parte de la atribución al pueblo de la soberanía, el resultado del referéndum nacional siempre es vinculante para los órganos del Estado aunque se trate de un referéndum consultivo. La consulta al pueblo es facultativa pero ello no conlleva que el resultado quede despojado de carácter vinculante”.

<sup>415</sup> En sentido contrario se pronuncia Pérez Alberdi (2013, p. 258) para quien: “[...] no puede ser más cierto que en la Norma fundamental esta modalidad de referéndum se define como consultiva y que toda interpretación constitucional tiene que tener como límite la propia letra de la Constitución. Por eso, no cabe ninguna duda a la hora de afirmar que el pronunciamiento popular no será vinculante *jurídicamente*. De cualquier otra forma el pronunciamiento constitucional caería en saco roto. En nuestra opinión, esta postura no afecta en nada al principio de soberanía popular porque, si bien es cierto que en un Estado democrático la soberanía pertenece al pueblo, también lo es que éste la ejerce en las formas previstas por la Constitución. Por lo que en un Estado Constitucional, no caben pronunciamientos populares al margen de ésta. Cuestión distinta es que si existe una clara orientación del electorado, el Gobierno deba *sentirse obligado* por los resultados y, en consecuencia, su desvinculación de la opinión manifestada en la consulta popular pueda generar la responsabilidad *política* del mismo, bien por los mecanismos del sistema parlamentario, bien originando una situación de crisis extraparlamentaria del mismo que desemboque en la dimisión del Presidente”.

#### 3.4.2.4 Las insuficiencias de la regulación legal en la LOMR 2/1980, de 18 de Enero.

El art. 92 CE realiza una escueta remisión constitucional al legislador orgánico para que regule las diferentes formas del referéndum. El cuerpo legal vigente, la Ley Orgánica 2/1980, trasciende la figura del referéndum consultivo, integrando las otras modalidades de referéndum establecidas en el texto constitucional: el referéndum autonómico de los arts. 151 y 152 CE y el referéndum para la reforma constitucional de los arts. 167 y 168 CE. La aprobación de esta ley se produjo en el contexto de la consolidación del Estado de las Autonomías, rodeada de una fuerte polémica por el uso interesado por el Gobierno de los mecanismos legislativos a su alcance ante interesados cálculos y réditos políticos. Mientras que el referéndum catalán y gallego fue abordado por UCD mediante Decreto-Ley, el referéndum andaluz lo fue mediante la LOMR 2/1980 vía procedimiento de urgencia.

El escaso interés mostrado por el legislador constituyente □ del cual el partido en el Gobierno, UCD, ostentó la mayor representación con 3 ponentes □ en la regulación constitucional del referéndum contrastó fuertemente con el celo mostrado por el Gobierno en el cumplimiento del mandato constitucional en el caso andaluz<sup>416</sup>. Ello hizo de la ley un instrumento de adaptación del desarrollo autonómico a los intereses gubernamentales en el desarrollo autonómico, desconsiderando su función de armazón jurídico integrador de las diversas modalidades de referéndums recogidas en la CE. (LINDE PANIAGUA; HERRERO LERA, 1980, p. 86)

Valoraciones políticas aparte, la apreciación jurídica de la ley es igualmente susceptible de crítica. En primer lugar, por lo escueto de su regulación y la parcialidad en el desarrollo legislativo del artículo 92 CE. El art. 2º complementa el contenido del articulado constitucional en términos que en opinión de Linde Paniagua y Herrero Lera han de ser calificados de inconstitucionales. Según los autores, la propuesta del

---

<sup>416</sup>En este sentido, Santamaría (2001, p. 1315) afirma: “En este punto, puede afirmarse que los constituyentes cometieron un claro error de cálculo: la remisión a una ley orgánica que regulase las diferentes modalidades de referéndum (art. 92.3 CE) conllevaba una intención dilatoria implícita, pero inequívoca. De hecho, sin embargo, tal ley cobró de inmediato una prioridad notoria ante el vertiginoso desenvolvimiento de los procesos autonómicos, cuyo encauzamiento y racionalización (o «frenazo», desde otra perspectiva), pretendió llevarse a cabo con la misma. Bajo estos condicionamientos hubo de discutirse y aprobarse la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero; una Ley que, hoy por hoy, constituye el desarrollo natural del artículo 92, pero que, paradójicamente, fue concebida y discutida en términos políticos más bien como desarrollo normativo del artículo 151, con los consiguientes y naturales conflictos que este precepto suscita”.

presidente es un acto de carácter personalísimo que en nada precisa de la ratificación del Consejo de Ministros. La exigencia de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros contraría el sentido del art. 62 c) y f) que, al atribuir las competencias al Rey, diferencia expresamente las propias del referéndum y la expedición de Decretos acordados anteriormente en Consejo de Ministros. Todo ello redunda en una redacción pobre y formalista que revela una manifiesta incompreensión de la institución del referéndum. (LINDE PANIGUA; HERRERO LERA, 1980, p.95)

Las especificaciones del art. 6 LOMR son igualmente escuetas. Tan solo inciden en el requerimiento de la mayoría absoluta del Congreso y la identidad entre el texto a someter a la aprobación del Congreso y la pregunta a plantear en el referéndum<sup>417</sup>. Nada dice el texto de la ley en relación al ámbito espacial del referéndum consultivo, la determinación de sus efectos o la concreción del ámbito objetivo de las denominadas *decisiones políticas de especial trascendencia*. Especialmente reprochable es la actitud del legislador de obviar la determinación y ampliación de las competencias del Congreso, limitando su papel a ratificar la validez de la propuesta del Gobierno mediante mayoría absoluta. El Congreso no tiene, por decisión del legislador, competencia alguna ni para incidir en el debate sobre la conveniencia de la consulta ni en la formulación de los términos concretos de la pregunta. El conjunto de tales lagunas tiene el propósito de otorgar al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad al inexistir mecanismos efectivos de control y transparencia que impidan una posible utilización arbitraria por parte de aquél.

La constatación empírica de la desnaturalización del referéndum consultivo encuentra un claro ejemplo en la participación de España en la Guerra de Irak. ¿Qué dice la CE sobre la entrada en guerra? El art. 63.3 CE declara que es competencia formal del Rey declarar la guerra previa autorización de las Cortes Generales. Un procedimiento igualmente presente en la Ley 5/2005 de Defensa Nacional en su artículo 4. El art. 5º reconoce la competencia general del Ejecutivo para determinar la política de defensa y su ejecución, haciendo del Presidente su máximo dirigente. Es decir, la política de defensa es una competencia del Gobierno que precisa la ratificación del Congreso de los Diputados para el caso de la declaración de guerra. Una competencia

---

<sup>417</sup>Art. 6.El referéndum consultivo previsto en el artículo 92 de la Constitución requerirá la previa autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta, a solicitud del Presidente del Gobierno. Dicha solicitud deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta.



que, aun correspondiendo al Gobierno, no es exclusiva. Si de la regulación normativa no se produce incompatibilidad entre la actuación de los poderes públicos y el recurso al referéndum consultivo ¿por qué no se activó el mecanismo referendatario?

Cuesta trabajo pensar en la existencia de una *decisión política de especial trascendencia* de mayor enjundia para una sociedad que la entrada de un país en guerra. No cabe dudar del encaje constitucional de la convocatoria del referéndum consultivo en caso de entrada en guerra. La no convocatoria de referéndum estuvo motivada por la existencia de deficiencias legislativas e intereses políticos que se antepusieron a un más que justificado pronunciamiento del Cuerpo Electoral.

Entre las deficiencias legislativas ocupa destacado lugar la lacónica expresión *decisiones políticas de especial trascendencia*. La ausencia de tasación causal junto a la imposibilidad de convocatoria del referéndum consultivo mediante la iniciativa ciudadana colocó a la ciudadanía a merced de la voluntad política del Gobierno. Tan solo cabía apelar al sentido democrático del Gobierno. El desenlace es por todos conocidos: el Gobierno no convocó el referéndum, sabedor de que el rotundo NO esperado le colocaría en una posición políticamente insostenible<sup>418</sup>.

El art. 11.2 LOMR es sin duda alguna el golpe de gracia al referéndum consultivo. El contenido de este artículo otorga el control absoluto a los partidos políticos con representación parlamentaria, expulsando de la misma a las formaciones extraparlamentarias y las organizaciones ciudadanas que pudieran constituirse a tal efecto<sup>419</sup>. De esta forma, la consulta acaba por perder definitivamente su razón de ser, en el momento en que las alineaciones pasan nuevamente por las divisiones de los partidos y, especialmente, en base al espectro parlamentario. (CRUZ VILLALÓN, 1980, p. 164)

El legislador orgánico ha concedido un desmedido protagonismo a los partidos. El monopolio de los partidos en la fase de convocatoria del referendo desvirtúa el

---

<sup>418</sup> Un 70% de los electores consideraba inadecuada la intervención militar de España en Irak. Datos disponibles en [http://elpais.com/diario/2003/02/02/espana/1044140401\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/02/02/espana/1044140401_850215.html) (acceso el 31/05/13).

<sup>419</sup> En este sentido, Sánchez Muñoz (2007, p. 5) afirma: “[...] las campañas referendarias en la legislación española (LO 2/1980, de 18 de enero) se articulan también como competiciones entre partidos, aunque en este caso no se compita por escaños en órganos representativos, sino por el triunfo de una determinada opción en relación a la cuestión planteada”.

carácter directo de la participación refrendaria. Aquel debería haber permitido la participación de asociaciones ciudadanas facilitando el acceso a los medios de difusión públicos. Otra medida igualmente acertada hubiera sido la distribución homogénea de los tiempos en los medios de comunicación públicos, ofreciendo información veraz y concisa a la ciudadanía sobre los pormenores del proceso referendario. (PÉREZ ALBERDI, 2013, p. 246)

La remisión genérica que el legislador realiza a la legislación electoral en la fase de información supone la homogeneización de dos campañas que, como la electoral y la refrendaria, presentan evidentes diferencias, particularmente en el papel que corresponde desempeñar a los poderes públicos. Los principios elementales de la actuación de los poderes públicos han de ser la neutralidad ante la totalidad de las posturas y la contribución a la libre difusión y formación de la opinión del electorado, proporcionando información objetiva sobre el objeto del referéndum. (SÁNCHEZ MUÑOZ, 2007, p. 31)

La valoración final del referéndum consultivo es, a tenor de lo visto, ciertamente negativa. Su exigua e imprecisa regulación constitucional y su insuficiente desarrollo legal vigente lo convierten en un instituto de participación directa carente de razón de ser. La tutela constante e interesada de unos partidos políticos que en su afán por conservar para sí los espacios de poder y decisión democrática continúan relegando al referéndum a una posición marginal. Una actitud impropia de una democracia que, no nos cansamos de recordar, se reconoce a sí misma en la Norma Fundamental como participativa en el Título Preliminar y consagra la participación política directa como derecho fundamental<sup>420</sup>. El legislador ha de acometer una profunda revisión de la LOMR 2/80 para dotar de eficacia material al principio de soberanía popular y su proyección jurídica, el derecho de participación política. Mientras tanto debemos hablar

---

<sup>420</sup> En este sentido, Aguiar de Luque (1986, p. 16) afirma: [...] en el caso español, la incongruencia se registra en el seno del propio texto constitucional, pues parece difícil conciliar el enunciado del mencionado artículo 92 con el principio de soberanía popular que consagra el artículo 1.2, la configuración de la participación directa como un derecho fundamental ( artículo 23.1) o la fuerza vinculante que se otorga a la voluntad popular manifestada en el referéndum constitucional (artículos 167 y 168)”.

de un principio y un derecho fundamental formalmente reconocido, materialmente vacío de contenido<sup>421</sup>.

### 3.5. EL ART. 23.2 CE: EL DERECHO A ACCEDER A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS. CONSIDERACIONES GENERALES, ELEGIBILIDAD E INELEGIBILIDADES: EN PARTICULAR, LA INELEGIBILIDAD DEL ART. 6.2B) LOREG.

#### 3.5.1 El art. 23.2 CE: consideraciones generales.

El artículo 23 CE se completa con la vertiente pasiva del derecho de participación política, es decir, el derecho atribuido a los ciudadanos de acceder a los cargos y funciones públicos. La nomenclatura de cargo público utilizada por el constituyente, en vez del sufragio pasivo del art. 13.2 CE, es legado de nuestro constitucionalismo histórico. La inclusión de la función pública como ámbito material del art. 23.2 CE se debe a su vinculación con la idea de *status activae civitatis*. Al caer fuera del ámbito del derecho de participación política, no será objeto de análisis.

La facultad de *ser elegible* da forma a la vertiente pasiva del derecho fundamental de participación política. La concreción del contenido de este derecho debe realizarse de acuerdo a dos imperativos constitucionales: en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes. La primera condición se explica cómo especificación del principio de igualdad regulado en el art. 14CE<sup>422</sup>. La segunda condición es consecuencia directa de su naturaleza de derecho de configuración legal<sup>423</sup>.

<sup>421</sup>Cf. Aguilera del Prat, 1992, p. 162.

<sup>422</sup> En tal sentido, el Auto 554/1983 FJ 1º dice así: “El art. 23.2 de la C.E. constituye, sin duda, una especificación del principio de igualdad ante la Ley formulada por el art. 14 C.E, en cuanto que supone una aplicación de dicho principio al ámbito de las condiciones en que ha de producirse el acceso de los ciudadanos a las funciones y cargos públicos, por lo que es aplicable en materia de igualdad en el acceso a tales cargos y funciones la doctrina declarada por este Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad general [...]”. Entre la doctrina, García Roca se pregunta, recurriendo a la consabida metáfora del jurista persa, qué aporta a la claridad de este precepto la específica mención a la igualdad contenida con carácter general en el art. 14 CE. (GARCÍA ROCA, 1999, p. 31)

<sup>423</sup> El TC, en su Sentencia 24/1989 (FJ 3º) se referirá específicamente al art. 23.2 CE como derecho de configuración legal en los siguientes términos: “[...] el art. 23.2 consagra un derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos, pero no se trata de un derecho indiscriminado, sino de configuración legal, como señala expresamente el inciso final del precepto, y su satisfacción requiere, por tanto, el cumplimiento de los requisitos determinados por las leyes.” Posteriormente, definirá en términos

La protección jurisdiccional del art. 23.2 CE contiene elementos comunes al artículo 23.1 CE y particularidades propias de su especificidad material. Entre los elementos comunes se encuentra el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, amparo constitucional de los arts. 53.1 y 2 CE<sup>424</sup>. La necesidad de garantizar la objetividad y transparencia del acceso a los cargos públicos le hace acreedor de vías jurisdiccionales específicas: a) La posibilidad de interponer recurso contra la proclamación de candidaturas y candidatos del art. 49 LOREG y; b) El recurso contencioso-electoral de los arts. 109 y ss LOREG.

El sufragio pasivo es un derecho de concreción eminentemente jurisprudencial, cuyos perfiles y contenido esencial ha sido obra de la jurisprudencia del TC (Sentencias 5/83 y 10/83, entre otras). En una primera aproximación, el contenido del derecho se desdobra en dos vertientes subsecuentes: el *ius ad officium* y el *ius in officium*. El primero se concreta en el derecho a presentarse a las elecciones, no prefigurando un derecho absoluto a acceder a los cargos representativos, toda vez que han de cumplirse los requisitos de legalidad que conforman su contenido. Forma parte del contenido de este derecho la garantía de acceso efectivo al cargo una vez lograda la elección. El afiliado debe, eso sí, poder competir internamente por un puesto en la futura lista electoral, reconociéndosele un derecho a participar activamente en los procesos internos en condiciones de igualdad como paso previo a un futuro proceso electoral externo (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 185; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 167).

La conexión existente entre el art. 6 CE y el art. 23 CE exige el que la capacidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos se extienda al interior de los partidos políticos. El ejercicio real y efectivo del derecho de sufragio pasivo está condicionado en última instancia a la existencia de procesos democráticos en la toma de decisiones de los partidos que determinan monopolísticamente la

---

generales el concepto derecho de configuración legal en la Sentencia 104/19991 (FJ 2º) de la siguiente manera: “[...] no se trata de un derecho indiscriminado, sino que su ejercicio requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos por las leyes, las cuales, empero, han de interpretarse en los términos más favorables a la efectividad del derecho fundamental y sin restricciones innecesarias para aquel ejercicio”.

<sup>424</sup> El TC, en su Sentencia 81/1992, de 28 de mayo ( FJº 4º) definió los conceptos preferencia y sumariedad en los siguientes términos: “La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son "sumarios", sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a "rapidez". En definitiva, por proceso "sumario" tan solo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados”.

composición de las candidaturas electorales. Esta situación justifica el que el legislador regule la forma en que los candidatos sean incluidos en las listas electorales como candidatos. Un procedimiento sometido al control jurisdiccional para garantizar su carácter democrático (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 167 y ss; SÁNCHEZ MUÑOZ, 2007a, pp. 207 y ss).

El *ius in officium* reconoce el derecho del cargo público representativo ya ejerciente a permanecer en el mismo. Una prerrogativa sin la cual el propio derecho se vería vacío de contenido. En su acepción elemental significa que la remoción del representante ha de respetar en todo caso el contenido esencial del derecho, la igualdad de ejercicio frente a los demás representantes y el concepto constitucional de representación política. En suma, el representante no podrá ser objeto de perturbaciones ilegítimas en el ejercicio de su cargo por parte de los diferentes cuerpos intermediarios que configuran la representación política, principalmente partidos y Grupos Parlamentarios y órganos directivos de las Cámaras. Garantizar este derecho supone la efectividad del derecho de participación política representativa del ciudadano por cuanto éste participa en las instancias representativas a través de aquél. Cualquier lesión del derecho contraria a los bienes jurídicos antedichos supondría no solo la vulneración del *ius in officium* del representante sino la lesión del derecho de participación representativa de los ciudadanos.

Mediante este derecho se pretende garantizar que el ciudadano pueda participar políticamente concurriendo a las elecciones para obtener un cargo público representativo. Transformada su condición de ciudadano concurrente en la de parlamentario, el *ius in officium* se traduce en la atribución de un peculiar estatuto en el cual se entremezclan derechos, deberes y obligaciones. El cargo público representativo ostenta una esfera de autonomía y un derecho a reaccionar ante injerencias ilegítimas por parte de los diversos sujetos que materializan la representación.

### **3.5.2 El derecho del art. 23.2 CE, un derecho exclusivamente ciudadano. La exclusión de los partidos políticos.**

La determinación del titular del derecho de sufragio pasivo no se encuentra en el texto literal del art. 23.2 CE<sup>425</sup>. El adverbio “asimismo” remite obligatoriamente a la lectura del art. 23.1 CE que, como se ha tenido ocasión de analizar, atribuye la condición de titulares del derecho a los ciudadanos. Ya vimos cuales son las condiciones generales de la ciudadanía: la nacionalidad española y la mayoría de edad cifrada con carácter general por el art. 12 CE en los dieciocho años. Regirán las mismas excepciones que para el sufragio activo que ya han sido puestas de manifiesto. Un término el de ciudadano que no es usado de forma homogénea en todos los casos que afectan a la titularidad de los derechos fundamentales del Título I de la CE (PULIDO QUECEDO, 1992, pp. 268-70).

La posible titularidad de los derechos del art. 23 CE por las personas jurídicas y particularmente por los partidos políticos ha sido cuestión espinosa desde la reinstauración de la democracia en España. El alcance y límite de la posición de los partidos políticos en la participación política fue motivo de interpretaciones conflictivas en sede doctrinal y jurisprudencial. En el centro del debate se situó la posible titularidad por el partido político de los derechos del art. 23 CE. Le correspondió a la jurisprudencia del TC la negación contundente y reiterada de la titularidad del derecho a ser elegible a las personas jurídicas<sup>426</sup>. Negativa que se proyecta especialmente sobre los partidos políticos<sup>427</sup>. No cabe otra interpretación constitucional del precepto. La propia naturaleza participativa y política de los derechos del art. 23 excluye la titularidad de las personas jurídicas.

La concurrencia de una persona jurídica a la formación de la voluntad general desnaturalizaría de raíz los perfiles elementales del contenido del derecho □ la elección de los cargos públicos representativos y la relación de representación de los

<sup>425</sup>Art. 23.2 CE. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

<sup>426</sup>*Vid.* entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 5/83 y 10/83 que darán lugar a la construcción jurisprudencial de la noción de cargo público representativo.

<sup>427</sup> Nos remitimos al análisis sistemático ya realizado en el capítulo II sobre la titularidad del derecho a la participación política del art. 23.1 CE. A efectos meramente recordatorios, nos parece oportuno reproducir la síntesis de García Roca (1999, p. 137): “Ha sido negada la titularidad del derecho fundamental a los partidos políticos. La mencionada STC 5/1983, caso Alcalde de Andújar, obligó a explicar (F. 4º), que existe una íntima relación entre ambos apartados del artículo 23 y que el número 1.º reconoce el «derecho de los ciudadanos» a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos, quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar, y que su permanencia en los cargos depende de la voluntad de los electores expresada a través de elecciones periódicas, pero este derecho no corresponde a «ninguna organización como el partido político»”.

ciudadanos □. Esta afirmación encuentra límites en una sociedad que, como la democrática, conlleva la inserción del individuo en aquellos grupos o formaciones sociales en que pueda integrarse y desarrollar su personalidad. Una circunstancia de la cual se deriva un posible ejercicio colectivo de ciertos derechos así como limitaciones para los mismos. (GARCIA ROCA, 1999, p. 138).

En la vertiente colectiva de ejercicio de algunos derechos se inserta la capacidad procesal de los partidos para la defensa de sus intereses legítimos<sup>428</sup>. Una capacidad que se proyecta en el proceso electoral cuando se trate de defender el *ius ad officium*. El art 110 LOREG legitima al partido político a interponer recurso contencioso-electoral ante la proclamación de candidatos por las Juntas Electorales en aquellas circunscripciones donde hubiesen presentado candidaturas. Dicha legitimación procesal no se proyecta sobre la defensa del *ius in officio* y su núcleo esencial: la protección del estatus del cargo representativo. Esta es una prerrogativa exclusiva del representante. Completa la capacidad procesal de los partidos la atribución del art. 162.1 CE a respecto de la interposición, en su caso, de recurso de amparo ante la invocación de un «interés legítimo», es decir, ajustado a derecho y directo. (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 282; SÁNCHEZ MORÓN, 1996, p. 672)

### **3.5.3 El contenido del derecho de acceso a los cargos públicos: la prohibición de la discriminación.**

El bien jurídico protegido por el art. 23.2 CE consiste en asegurar la inexistencia de desigualdades o discriminaciones injustificadas en las leyes que establezcan las condiciones y requisitos de acceso a los cargos públicos representativos<sup>429</sup>. La igualdad de acceso ha de predicarse tanto en la ley como en la

---

<sup>428</sup> En este sentido, García Roca (1999, p. 146) afirma: “[...] una cosa es la titularidad de un derecho fundamental y otra conceptualmente distinta la legitimación para el ejercicio de las acciones que permiten su tutela. Una distinción que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, es frecuente en los procesos constitucionales y que, de no ser prontamente advertida, puede inducir a conclusiones. Estas matizaciones permiten hacer una doble y relativa disociación conceptual entre «legitimación procesal» y «titularidad del derecho», de un lado, y entre la «titularidad individual» y la posibilidad de su «ejercicio colectivo», de otro”.

<sup>429</sup> La STC 47/1990, FJ 7º dice así: “El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE garantiza una situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio”. Sobre la garantía de la igualdad, Pulido Quecedo (1992, p. 185) afirma: “La garantía de la igualdad en el acceso a los cargos representativos supone la atribución a los candidatos de un derecho

aplicación de la ley. Tan solo ha de ceder ante la existencia de desigualdades objetivas y razonables.

La proyección del art. 14 CE sobre el art. 23.2 CE ha de ser objeto de dos matizaciones. En primer lugar, como ya se encargara de afirmar el TC en su Sentencia 71/89 (FJ 3º), el principio de igualdad, aun siendo elemento esencial del derecho a acceder a los cargos públicos representativos, no agota su contenido. La regulación del art. 23.2 CE se desarrolla en la LOREG, debiéndose garantizar el correcto cumplimiento de las normas electorales regulatorias del acceso a los cargos públicos representativos. La *vis expansiva* del art. 23.2 CE es una operación de «dilatación» del derecho por la cual se incluye en su objeto elementos de los procedimientos electorales fijados en las leyes (FOSSAS, 1993, p. 102)

La segunda matización tiene por inductora la interacción que sobre el art. 23.2 CE produce el principio democrático. La democracia representativa, basada en la lógica parlamentaria de la mayoría y las minorías, impide la continúa uniformidad de trato entre los cargos públicos representativos. Ello contrariaría las preferencias mostradas por el electorado<sup>430</sup>. El Cuerpo Electoral elige a los representantes en el ejercicio de la soberanía popular expresada a través del derecho de sufragio. Una elección que para ser legítima debe respetar los procedimientos electorales regulados en la LOREG, que conlleva garantizar la debida proporcionalidad entre la voluntad de aquéllos y la proclamación de los candidatos.

La razón de ser del derecho a ser elegible del art. 23.2 CE se revela elemental ante su incidencia directa en la materialización del principio democrático. En su dimensión subjetiva, el derecho protege la igualdad de oportunidades tanto en el acceso cuanto en el desempeño de responsabilidades públicas. En su dimensión objetiva o institucional, su valor es igualmente trascendente. No cabe concebir el Estado democrático sino desde la existencia de libertad e igualdad en el derecho de los ciudadanos a participar en la estructura político-institucional del Estado. Dicho con otras palabras: el Estado español, por su condición de democrático, ha de garantizar que las decisiones públicas puedan ser adoptadas por cualquier ciudadano que, en el

---

reaccional para corregir, facilitando el ejercicio del derecho, los actos de los poderes públicos (electorales y judiciales) que hayan podido impedir o menoscabar aquel acceso en condiciones de igualdad y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

<sup>430</sup> *Vid.* STC 32/85, FJ 3º.



ejercicio del derecho a ser elegible, concurre en condiciones de igualdad y logra insertarse en la estructura política del Estado.

### **3.5.4 Las condiciones de elegibilidad: el acceso a los cargos públicos.**

La definición de las condiciones generales que convertirán al ciudadano en sujeto elegible precisa, ante la generalidad del art. 23.2 CE, de una lectura sistemática de la CE. El primer requisito subjetivo inexcusable es tener la condición de ciudadano según las condiciones y requisitos analizados anteriormente.

El art. 68.5 CE añade la plenitud de los derechos políticos como requisito de elegibilidad. El art. 70. 1 CE regula con carácter general algunas causas de inelegibilidad. La tasación causal es regulada en la LOREG. Elegible es, en consecuencia, el ciudadano español mayor de 18 años que se encuentre en plenitud de uso de los derechos políticos y no incurra en las causas de inelegibilidad establecidas con carácter de mínimos en el art. 70.1 CE y desarrolladas en el art. 6.1 LOREG. La condición de elegible es definida por el legislador orgánico de forma parcialmente negativa con el límite infranqueable del contenido esencial del derecho. La acreditación de la elegibilidad se realiza, tanto para los inscritos en el censo cuanto para aquellos que no lo están, mediante declaración jurada de no hallarse inmerso en ningún supuesto de inelegibilidad. No se precisa la denominada *probatio* diabólica, es decir, el tener que probar la no concurrencia del futuro candidato en causa alguna de inelegibilidad.

El objeto final es la ocupación de los cargos públicos representativos por aquellos candidatos en quienes el conjunto del Cuerpo Electoral ha depositado su confianza a través del sufragio activo, garantizándose la voluntad de los electores y la proclamación de los candidatos de forma acorde a la expresión de la voluntad electoral<sup>431</sup>.

El art. 6.1 LOREG añade a los requisitos constitucionales ya vistos la necesaria condición de elector. Una exigencia que supone, en virtud de la redacción de los arts. 2 y 3 LOREG, el cumplimiento de los siguientes ítems. El primero de ellos es un requisito que, a pesar de su carácter administrativo, resulta imprescindible para el ejercicio del

---

<sup>431</sup> Vid. Sentencia TC 21/1984 F.J. 4º; 71/1989, F.J. 3º.

derecho de sufragio activo y pasivo: la inscripción en el censo electoral o la acreditación indubitada de las condiciones exigibles para ello (art. 7.2 LOREG)<sup>432</sup>. La relación entre contenido del derecho de participación política y el derecho de sufragio activo es tan estrecha que no cabe su disociación.

Dado que el ejercicio del sufragio precisa de la inscripción del titular en el Censo – inscripción declarativa y no constitutiva del derecho –, puede afirmarse la existencia de un derecho de inscripción en el censo electoral. Su no inscripción constituye una violación del derecho a participar en los asuntos públicos del art. 23.1 CE. La realización del principio democrático del Estado de Derecho precisa de la correcta configuración y funcionamiento del Censo Electoral en un doble sentido: tanto en lo referente a la correcta distribución de los electores en las circunscripciones electorales cuanto como en su condición de mecanismo de control y verificación de los votos emitidos (BASTIDA FREIJEDO, 1986, p. 25).

Un segundo requisito, sobre el que volveremos más adelante en detalle, es el no estar condenado por sentencia judicial firme que imponga, de forma principal o accesoria, la privación del derecho de sufragio. Esta exigencia encuentra su fundamentación directa en el derecho fundamental a la presunción de inocencia y el principio de igualdad. Rodeada de mayor polémica se presenta la incapacitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo contemplada en el art. 6.2b) LOREG, supuesto de hecho al que dedicaremos un apartado específico.

Completan el cuadro general de las condiciones de elector el no haber sido declarado incapaz por sentencia judicial firme y el no estar internado en centro psiquiátrico en virtud de autorización judicial que imponga la privación del derecho de

---

<sup>432</sup> En este sentido, el TC (Sentencia 154/1998, FJ 3º) afirmará que: “[...]debe ponerse ante todo de manifiesto la conexión inescindible existente entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal, pues, dado que sólo tendrán la condición de electores, y podrán ser elegibles, los ciudadanos que figuren inscritos en el censo -y así lo reconoce la Ley vasca (arts. 2 y 4)-, la inclusión en éste constituye un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio.” En sentido similar, *vid.* 148/99, F.J. 7º. Sobre la inscripción censal, Fernández Segado (1993, pp. 121-2) afirma: “Puede hablarse de esta forma de un derecho a la inscripción censal, íntimamente vinculado al derecho de sufragio. Desde luego, se trata de dos derechos de naturaleza distinta, pues la inscripción censal, como precisa el Alto Tribunal, es de naturaleza declarativa de la titularidad del derecho de voto y no constitutiva de la misma, si bien no existe un derecho a tal inscripción separado del de sufragio, y éste comprende el de ser inscrito en el censo”.

sufragio. Una calificación que ha de realizarse con anterioridad en todo caso a la celebración de las elecciones, bien en el momento de la presentación de candidaturas, bien en cualquier otro posterior (art. 7.1 LOREG). La perentoriedad del plazo encuentra justificación en el principio de seguridad jurídica y continuidad que ha de presidir el proceso electoral. En juego se encuentra la propia estabilidad del sistema político y el normal funcionamiento de las instituciones representativas, núcleo de nuestra democracia constitucional.

El ser elector es *conditio sine qua non* para la adquisición de la condición de elegible, pero no es condición suficiente. Los partidos políticos son un canal de intermediación imprescindible en la materialización del derecho de participación política en la vertiente activa. Una circunstancia que se reproduce también en el derecho de sufragio pasivo. El legislador, de forma coherente con la estructura de nuestro sistema electoral, basado en la regla de la proporcionalidad y las listas electorales cerradas y bloqueadas, ha atribuido a los partidos y otras formaciones electorales la prerrogativa de la presentación de candidaturas (art. 44 LOREG). Para que el candidato elegible lo sea efectivamente se precisa la inserción del mismo en una de las entidades políticas citadas en el art. 44: partido, federación, coalición o agrupación electoral. Nadie ostenta frente a otros futuribles candidatos un derecho fundamental a ser propuesto como candidato<sup>433</sup>.

Es de capital importancia para la eficacia del derecho a ser elegible la adecuación de los procesos de selección interna de los candidatos electorales al mandato constitucional de funcionamiento interno democrático de los partidos. La razón es tan poderosa como obvia: no puede afirmarse la configuración democrática de los órganos estatales si previamente no se han garantizado unos estándares mínimamente democráticos en la elección de los candidatos que concurrirán a los cargos públicos representativos. Nuestro ordenamiento jurídico presenta algunas lagunas que el

---

<sup>433</sup>En este sentido, el TC (Sentencia 78/1987, FJ 3º) afirmó que: “[...]si bien la titularidad de este derecho de sufragio pasivo corresponde a todas las personas que dice el art. 67 de la Ley Orgánica 5/1985, su concreto ejercicio viene condicionado, en estas elecciones, por sufragio universal directo, a que la persona así titular del derecho sea presentada como candidato por una de las organizaciones o agrupaciones habilitadas por la Ley para ello (arts. 44 y 186.3 de la Ley Orgánica). Y nadie, como se comprende, ostenta frente a sus conciudadanos un derecho fundamental para ser por ellos propuesto y presentado, a través de tales organizaciones o agrupaciones, como candidato en unas elecciones”.

legislador democrático se resiste numantamente a solucionar<sup>434</sup>. La actual regulación legal contenida en el capítulo II de la Ley 6/2002, bajo el título " De la organización, funcionamiento y actividades de los partidos políticos" en poco o nada contribuye a la concreción del mandato constitucional del art. 6 CE.

La elección partidaria debe responder a unas mínimas garantías de democracia interna. Ello equivale a garantizar la participación de las bases mediante procedimientos de elecciones primarias. La innegable cooptación por los órganos ejecutivos u otras modalidades parcamente participativas constituyen un vicio de origen en el proceso de configuración de la voluntad estatal con graves repercusiones para la legitimidad de origen de la democracia. Los partidos, organizaciones de naturaleza privada dotados de autonomía organizativa, no deben quedar al margen de la necesaria concreción legislativa en materia de democracia interna. La autonomía organizativa de los partidos ha de ceder en favor del interés general que esta materia comporta para la vida del Estado.

La *vis expansiva* de los derechos fundamentales ha de proyectarse igualmente frente a las organizaciones privadas con el propósito de garantizar la igualdad de oportunidades en los procesos internos. Una actitud diferente da lugar a la «desformalización de la Constitución», es decir, una desconexión entre la norma y la realidad constitucional mucho más potente que el «deber ser» de la norma constitucional (GARCIA ROCA; MURILLO DE LA CUEVA, 1984, p. 240). Sobre este punto incidiremos con mayor concreción en el capítulo dedicado a los partidos políticos.

### **3.5.5 La inelegibilidad como restricción del derecho de sufragio pasivo: aspectos generales.**

El derecho a ser elegible se halla lógicamente sometido a restricciones en su ejercicio. El carácter de fundamental supone una triple barrera frente a cualquier

---

<sup>434</sup>En este sentido, García Roca (1999, p. 149) afirma: "Tampoco es sencillo percibir que razones justifican que la ley – la legislación electoral o, más adecuadamente, la de partidos políticos – no se ocupe todavía, con cierta desidia, de prever unos requisitos mínimos de estas elecciones primarias internas. Una laguna que debería ser resuelta. Si el artículo 6 CE establece que los partidos son «instrumento fundamental para la participación política» y ostentan un cuasi monopolio de hecho en la selección de los candidatos, el interés general en esa actividad partidaria deviene evidente".

actuación restrictiva que el legislador lleve a cabo. La primera, de carácter procedimental, requiere de la aprobación de ley orgánica (art. 81.1 CE). La segunda limitación procede del artículo 53.1 CE y exige el obligatorio respeto del legislador al contenido esencial. Un concepto que en el caso de los derechos de configuración legal se antoja aun más polémico ante la mayor libertad configuradora que el legislador tiene. (CAAMAÑO, 2000, p. 21)

De igual forma, los límites a la restricción de la elegibilidad afectan al intérprete de la norma. Queda prohibida la interpretación extensiva mediante la aplicación analógica de supuestos no contemplados en la ley<sup>435</sup>. La intervención sobre el derecho de sufragio pasivo, sea por el legislador o por el interprete de la norma, ha de tasada y restrictiva, evitándose distorsiones no contempladas en el texto de la ley y ajenas al espíritu de la norma<sup>436</sup>. Esta exigencia ha de ser comprendida como resultado de la aplicación de otro principio constitucional de mayor amplitud: el que obliga a una interpretación de las normas electorales desde la óptica que resulte más favorable a los derechos fundamentales del artículo 23<sup>437</sup>. (CAAMAÑO RODRÍGUEZ, 2000, p. 22).

El legislador ha de respetar otros límites. La regulación general de la inelegibilidad encuentra acomodo en el texto de la norma constitucional, concretamente en el art. 70.1 CE y, obvio es decirlo, el legislador se halla vinculado a la norma constitucional. El constituyente español, apartándose de la línea seguida por textos constitucionales del Derecho comparado, cifró el contenido mínimo indisponible para el legislador en materia de inelegibilidad exclusivamente en las elecciones a Cortes

---

<sup>435</sup> La STC 45/1983 (F.J. 2º) firmó que: “Se realiza así una extensión de la formulación legal, de modo que una norma delimitadora negativamente de un derecho de elegibilidad, se interpreta extensivamente”.

<sup>436</sup> En este sentido, García Roca (1999, p. 202) afirma: “Es bastante razonable pensar que, en materia de causas de inelegibilidad e incompatibilidad, puesto que se trata de restricciones o exclusiones al ejercicio de un derecho fundamental, procede una interpretación finalista de las mismas, atenta al interés objetivo que la inelegibilidad trata de preservar, y que lleve a excluir interpretaciones analógicas o extensivas, desfavorables a la vigencia del derecho fundamental”.

<sup>437</sup>El TC, en la Sentencia76/1987 (F.J. 2º) afirmó sobre el principio de interpretación favorable a los derechos fundamentales del artículo 23 que: “Como reiteradamente ha indicado este Tribunal, la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes. Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar a la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable, sin perjuicio del necesario respeto a la legislación electoral y de la diligencia que los partícipes activos en las elecciones han de tener en su actuación para posibilitar un ordenado y fluido proceso electoral”.

Generales. No es esta la única particularidad. El propio art. 70 CE realiza una reserva de ley material en favor de la Ley electoral para la regulación del régimen general de las inelegibilidades<sup>438</sup>. Dicho con otras palabras: estamos ante una reserva de ley cualificada por las imposiciones procedimentales y de contenido que le son impuestas al legislador<sup>439</sup>.

La primera causa de inelegibilidad del art. 70.1 CE es la referida a los miembros del Tribunal Constitucional, obvia y realizada con carácter doble en el art. 159.4 CE. La segunda causa de inelegibilidad es la condición de alto cargo de la Administración del Estado, a excepción de los miembros del Gobierno. En este caso no se trata de excluir a aquellos que ocupan una posición de garantes del proceso electoral, sino de evitar que quienes ocupan las instituciones del poder público hagan de las mismas un uso arbitrario en su favor, distorsionando la voluntad popular expresada mediante el sufragio activo.

La letra c) hace referencia al Defensor del Pueblo, comisionado de las Cortes Generales (art. 54 CE). En principio pudiera entenderse que su cargo termina con la disolución de las Cámaras, perdiendo la declaración de inelegibilidad todo sentido. La justificación obedece al hecho de poder darse casos de disolución de una sola Cámara y a la inexistencia de previsión constitucional específica. Esta última laguna ha sido subsanada a través de la Ley 3/1986 al establecer el mandato de 5 años. No ha faltado quien haya manifestado la conveniencia de ampliar el plazo de inelegibilidad, evitándose posibles usufructos indebidos en una elección representativa. (ABAJO QUINTANA; BESTEIRO RIVAS, 1997, p. 104)

---

<sup>438</sup> En este sentido, el TC (Sentencia 72/1984, F.J. 3º) afirmó que: “En este sentido la solución adoptada en el art. 70 de la Constitución se presenta como un punto intermedio entre las soluciones que ofrecen el Derecho comparado y la historia del constitucionalismo en nuestro país, que son, a saber, la de establecer en la propia Constitución las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros del Parlamento y la de remitir esta materia a la Ley ordinaria. El art. 70 establece una solución intermedia al remitirlo a la Ley, pero no a cualquier tipo de Ley, sino a la Ley Electoral; al establecer un elenco de causas que en todo caso han de ser comprendidas; y al limitar por consiguiente en doble sentido el margen del legislador que puede establecer otras causas siempre que lo haga en la Ley Electoral y siempre que, además, al hacerlo cumpla con los restantes preceptos constitucionales”.

<sup>439</sup> En relación a la técnica constitucional del art. 70 CE, Solozábal Echevarría (1998, p. 282) afirma: “La Constitución remite, en efecto, aunque en términos ciertamente singulares, a una normación legal en el establecimiento del régimen de dichos institutos [ la inelegibilidad y la incompatibilidad], lo que ciertamente no tiene nada de extraño, habida cuenta de la necesaria condición de la Constitución como cabeza y principio del orden constitucional, que preside e informa, pero que obviamente, aunque ello resulte más notorio en relación con un tipo de preceptos que en el caso de otros, no puede agotar”.

Las letras d) y e), correspondientes a Magistrados, Jueces y Fiscales en activo y a los miembros y Cuerpos de Seguridad del Estado son consideradas inelegibilidades clásicas en el Derecho Constitucional. En el caso de Jueces y Magistrados se reproduce en los arts. 117 y 127 CE. La especial posición que tanto Jueces y Fiscales tienen en el Estado de Derecho conlleva la necesaria restricción de determinados derechos en aras a garantizar el principio general de independencia y el particular de imparcialidad que han de tener en el ejercicio de sus funciones. Una independencia e imparcialidad de Jueces y Magistrados que se ha de manifestar con especial intensidad en el desarrollo de la campaña electoral (art. 52 LOREG). En el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado su exclusión se fundamenta en la función que éstos ocupan como garantes del orden público durante el proceso electoral. Cierra la previsión constitucional la inelegibilidad de los miembros de las Juntas Electorales, basada en la lógica imposibilidad de ser juez y parte del proceso electoral<sup>440</sup>. (ABAJO QUINTANA; BESTEIRO RIVAS, 1997, p. 104)

En una primera aproximación, la inelegibilidad es la falta de aptitud legal para concurrir a un proceso electoral mediante el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Como instituto restrictivo del derecho a ser elegible encuentra un doble fundamento, a saber: a) la protección y garantía de la libertad del elector al evitar hipotéticas presiones electorales y; b) el principio de igualdad en el proceso de expresión y conformación de la voluntad de los electores, que busca evitar situaciones de discriminación o desventajas entre los elegibles. Una justificación complementaria es el necesario respeto a la separación de poderes y la garantía de la pureza del sufragio. Mediante la inelegibilidad se pretende dejar sin efecto posibles situaciones de supremacía jurídica, económica o social que pudiesen suponer una quiebra de la necesaria objetividad que ha de presidir todo proceso electoral o la impreterible garantía de neutralidad por parte de los poderes públicos.

---

<sup>440</sup>En este sentido, García (2006, pp. 11-2) afirma: “Parece razonable que los poderes públicos implicados en el complejo de mecanismos y procedimientos electorales por su condición de jueces, de garantes, o , en definitiva, de encargados de velar por la imparcialidad de las elecciones, sacrifiquen su derecho a ser elegidos en aras de asegurar que el resto de los ciudadanos – la práctica mayoría – no puedan verse inquietados o perturbados en el uso de su derecho procesal al sufragio activo. En el fondo no se trata de otra cosa que de la variante de un principio muy conocido: nadie puede ser juez y parte en su propia causa. Para evitarlo, quien desempeña alguna función de control en la elección deberá ser ajeno a la posibilidad de mantener interés en ella y ¿ qué mayor interés que el ser candidato? Estamos ante la manifestación del deber general de objetividad que prohíbe ser parte en el proceso y a un mismo tiempo juzgarlo”.

La inelegibilidad es una protección tenida por clásica en el Derecho constitucional. Sin embargo, no deja de encerrar una cierta paradoja en su razón de ser al operar negativamente sobre la vertiente pasiva del derecho de sufragio con el objetivo de garantizar la libertad del sufragio activo del conjunto del electorado. Una libertad que tan solo es posible de producirse la exclusión de aquellos que podrían hacer un uso espurio de su posición de supremacía. (GARCÍA, 2006, p. 12)

La inelegibilidad puede ser definida por la conjunción de las siguientes características: a) Es una materia correspondiente al Derecho Electoral que busca garantizar la libre emisión de voto del representado y su materialización en la composición fidedigna de las instancias representativas; b) Su fundamento es la protección de la libertad del elector y la igualdad de oportunidades de los elegibles; c) Sus efectos jurídicos se despliegan en dos momentos diferentes del proceso electoral: sobre la proclamación de candidatos y, en su caso, de electos; d) Su remoción depende de la voluntad del afectado, a excepción hecha de aquellas situaciones de inelegibilidad derivadas de sanciones penales.

De acuerdo a la reserva de ley constitucional y la jurisprudencia del TC la regulación de las causas de inelegibilidad es materia reservada a la LOREG<sup>441</sup>. La regulación *amplio sensu* se encuentra en los arts. 6 y 7 de la LOREG. En estos artículos, a tenor de la interpretación que de la expresión *régimen electoral general* realizó el TC, se contiene el régimen general de las inelegibilidades que afectan a las elecciones a Diputados y Senadores<sup>442</sup>. Completan el régimen de inelegibilidades a los cargos públicos representativos los arts. 154, 177, 201.7 y 210 LOREG.

El art. 6.1 LOREG recoge exclusivamente las denominadas inelegibilidades absolutas, supuestos con incidencia en el conjunto del territorio nacional. El artículo 6.3 prevé causas de inelegibilidad relativas cuya vigencia opera en aquellas circunscripciones en que se ejerce el cargo o función en cuestión. Especialmente conflictiva para parte de la doctrina ha resultado la inclusión como inelegibilidades de las causas derivadas de sanciones penales del art. 6.2. Tales causas deben ser entendidas para los autores abajo citados como de incapacidad electoral y no de inelegibilidad. El sujeto condenado a privación del derecho de sufragio pasivo pierde la titularidad del

---

<sup>441</sup>Vid. Sentencia 72/1984, F.J. 3º.

<sup>442</sup>Vid. Sentencia 38/1983 F.J. 2º.



mismo, es decir, deviene incapacitado para su ejercicio. No puede mediante su propia voluntad enervar tal incapacitación, ya que sería un acto viciado de nulidad. La inelegibilidad, por su parte, es la imposibilidad de ejercicio del derecho como tal enervable mediante un acto de voluntad del sujeto que renuncia al cargo inelegible en favor del derecho de sufragio pasivo. En este caso sería un vicio susceptible de anulabilidad por voluntad del titular y de acuerdo al principio de seguridad jurídica. De ello se deriva el que la no interposición del recurso en tiempo y forma validaría *per se* el acto administrativo anteriormente viciado de nulidad. (SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 1998, p. 293; GARCÍA ROCA, 1999, p. 199; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2011, p. 305)<sup>443</sup>.

El artículo 6º no agota el régimen de las inelegibilidades. El artículo 154 LOREG, relativo a las elecciones a Cortes Generales, determina la inelegibilidad absoluta tanto de quienes realicen funciones o desempeñen cargos remunerados por un Estado extranjero como de los Presidentes y miembros del Consejo de Gobierno de las CCAA, los cargos de libre designación y otros miembros de las Instituciones Autónomas cuya elección corresponda a las Asambleas Legislativas. El art. 177.2, centrado en las elecciones de ámbito local, declara inelegibles para el cargo de Alcalde o Concejal, además de a aquellos que lo sean en virtud del art. 6, a quienes sean deudores directos o subsidiarios de las Corporaciones Locales mediando mandato de apremio mediante resolución judicial.

El art. 201.8 establece las inelegibilidades de los Consejeros insulares canarios remitiendo a un art. 202 que establece las inelegibilidades para los Diputados Provinciales. En uno y otro caso resultan inelegibles, además de aquellos que incurran en los supuestos del art. 6, quienes fueren deudores directos o subsidiarios de la Corporación Local, siempre que mediase mandamiento judicial de apremio. Cierra el capítulo de inelegibilidades el art. 210 para los Diputados al Parlamento Europeo, resultando inelegibles aquellos que se encuadren en los supuestos del art. 154.1 y 2 ya vistos anteriormente y con la única salvedad de que para aquellos que se encuadren en los supuestos del art. 154.1 las funciones o cargos desempeñados han de ser causa de inelegibilidad igualmente en el país de origen.

---

<sup>443</sup> En sentido contrario, Pulido Quecedo, 1992, pp. 226 y ss.

Hasta aquí el régimen general de las inelegibilidades contenidas en la LOREG. No obstante las causas tipificadas en aquella no tienen el carácter de *numerus clausus* (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 206). El propio TC (Sentencia 80/1987, F.J. 3º) afirmó el carácter complementario de las inelegibilidades derivadas de sanciones penales contenidas en el Código Penal (en adelante, CP)<sup>444</sup>. No deja de sorprender que el máximo intérprete de la Constitución lleve a cabo una interpretación contradictoria con la reserva constitucional en favor de la LOREG y la propia naturaleza restrictiva de las causas de inelegibilidad (CAAMAÑO RODRIGUEZ, 2000, p. 26)

El artículo 6. 2 a), que contempla la incapacitación de los condenados por sentencia firme durante el tiempo que dure la condena, es objeto de desigual valoración doctrinal. Para Bastida Freijedo, la redacción literal del artículo encierra grandes dudas sobre su constitucionalidad. En opinión del autor, la LOREG va más allá del propio CP al incluir la privación del derecho de sufragio pasivo para cualquier clase de pena de privación de libertad mediante sentencia firme. El antiguo CP, en los arts. 46 y 47, establecía la pena accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo para las penas de «arresto mayor» y «reclusión mayor», pero nada decía en relación al arresto menor. La falta de distingos de la LOREG incluía a la pena de arresto menor. No resulta fácil entender la ampliación realizada por la LOREG, cuyo objeto no es en modo alguno tipificar penas sino hipótesis de inelegibilidad. Una pena accesoria que tras la entrada en vigor del Código Penal de 1.995 se encuentra en el art. 56.1, 2º y que será impuesta a aquellos delitos con una condena menor a diez años de prisión. (BASTIDA FREIJEDO, 1986, p. 29)

En sentido diferente se pronuncian Fernández-Miranda Campoamor y Entrena Cuesta. Para el primero, la privación del derecho de sufragio pasivo mediando sentencia firme es jurídicamente razonable y por tanto ajustada al principio de adecuación y proporcionalidad. En opinión del autor, no parece existir obstáculo jurídico alguno a que por Ley Orgánica el ciudadano sea incapacitado de mediar sentencia firme para el ejercicio del derecho a ser elegible. Entrena Cuesta critica la corrección jurídico-técnica del artículo. En su opinión, no es correcto legislar penas de carácter accesorio fuera del Código Penal en los casos en que la pena privativa de libertad no conlleve aparejada la

---

<sup>444</sup> Vid. artículos 39 y ss del Código Penal.

accesoria de pérdida del derecho de sufragio pasivo. (FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1985, p. 245; ENTRENA CUESTA, 1986, p. 74)

### **3.5.6 Un supuesto especialmente polémico de inelegibilidad: el art. 6.2 b) LOREG y las dudas sobre su constitucionalidad.**

El artículo 6.2 b) es, sin lugar a dudas, el supuesto de inelegibilidad más polémico de cuantos se contemplan en la LOREG. La polémica afecta primeramente y en sede doctrinal a la propia naturaleza jurídica del art. 6.2. Para parte de la doctrina, las inelegibilidades reguladas en el art. 6.2 a) y b) no son tan siquiera causa de inelegibilidad, sino de incapacitación. Solozábal Echevarria y Fernández-Miranda Campoamor basan su argumentación en que la distinción entre incapacitación e inelegibilidad radica en la imposibilidad □ en el caso de la incapacitación □ de enervar la prohibición de ejercer el derecho de sufragio pasivo mediante un acto de voluntad del penado. Y, como se desprende tanto de la lectura del art. 6.2 a) y b), no cabe al condenado dicha actuación enervadora. No cabe hablar de inelegibilidad y sí de incapacitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1985, pp. 241 y ss; SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 1998, p. 293)

Desde la perspectiva constitucional, la polémica del art. 6.2 b) radica en las dudas que parte de la doctrina ha manifestado sobre la constitucionalidad del precepto por vulnerar el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y/ o el principio de igualdad del art. 14 CE. Cualquier posible posicionamiento ha de ponderar, de acuerdo a la hermenéutica constitucional, la proporcionalidad y adecuación de medios y fines del art. 6.2 b) con la necesaria protección de la presunción de inocencia y el principio de igualdad.

La posición de Bastida Freijedo se centra en la quiebra del principio de igualdad. El objeto del derecho de sufragio pasivo es garantizar la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos públicos. Una igualdad *en* y *ante* la ley que solo admite excepciones objetivas y razonables que eviten tratos discriminatorios<sup>445</sup>. Para el

---

<sup>445</sup> En sentido contrario a la doctrina mayoritaria, Pérez Royo (2010, pp. 229-30) afirma: “[...] la igualdad constitucional ha sido definida como igualdad ante la ley. [...]. No es verdad que los ciudadanos, ni los

prof. Bastida no queda clara la legitimidad de la excepción establecida por el art. 6.2b), por cuanto activa un principio de «democracia militante» que aunque no está presente en la CE impediría la ocupación de las instituciones democráticas por quienes de un modo u otro intenten actuar contra ella. La justificación de la desigualdad de trato se halla en la incomodidad que supone aceptar la participación de personas cuyo ideario les condujo a la comisión de delitos de terrorismo y rebelión. Concluye el autor cuestionándose el porqué de la no inclusión de otros supuestos igualmente relevantes como la evasión de capitales, la tortura o los atentados contra instituciones autonómicas. (BASTIDA FREIJEDO, 1986, p. 30)

Fernández-Miranda Campoamor centra su crítica en la inadecuada consideración por el legislador orgánico del art. 6.2b) como causa de inelegibilidad. El citado artículo responde a una causa de incapacitación injustificada al no ser susceptible de remoción mediante un acto de voluntad del condenado. La imposibilidad de enervación de la incapacitación vulnera frontalmente el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, debiendo ser declarado inconstitucional. (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1998, p. 241)

Pulido Quecedo se ha posicionado en sentido contrario a las tesis de Fernández-Miranda Campoamor y Bastida Freijedo. La tesis de Bastida, partiendo de una concepción de democracia militante inexistente en la CE, se centra en la discriminación injustificada de aquellos cuya participación en las estructuras representativas del poder político resulta particularmente incómoda por haber cometido delitos de rebelión o terrorismo. A juicio de Pulido Quecedo, Bastida obvia que en el juicio de igualdad el test de la razonabilidad no se proyecta únicamente sobre otros bienes y valores constitucionales. Tampoco en otros ámbitos de la interpretación constitucional. En el caso en cuestión hay otros bienes jurídicos, concretamente la preservación de la libertad del elector, que con el fin de evitar posiciones jurídicamente irregulares o sospechosas justifican la restricción del derecho de sufragio pasivo. (PULIDO QUECEDO, 1992, pp. 212-3)

---

españoles ni ningunos, sean iguales ante la ley. Somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley. Y somos iguales ante la Constitución, pero no ante la ley, porque la ley no es la voluntad general. La ley es expresión de la voluntad general, pero no la voluntad general. Solo la Constitución es la voluntad general. Por eso la igualdad legislativa no existe. La única igualdad que existe es la constitucional. Si así no fuera, la igualdad no podría ser un límite para el legislador. Si la ley fuera el elemento constituyente de la igualdad, esta última no podría afirmarse como límite frente a ella. Sería una contradicción en los términos”.

En el caso de quiebra de la presunción de inocencia argumentado por Fernández-Miranda, Pulido Quecedo parte de una cierta inadecuación del concepto de inelegibilidad esgrimido por aquél. No existe coincidencia automática entre capacidad electoral pasiva y elegibilidad. El sujeto capaz electoralmente puede verse impedido en el uso de su derecho por entrar en uno de los supuestos de inelegibilidad<sup>446</sup>. Es cuanto menos discutible la imposibilidad de introducir medidas cautelares respecto de la comisión de ciertos delitos que conlleven penas graves que suspendan al penado privado de libertad de la titularidad de algunos derechos, en este caso el de sufragio pasivo. (PULIDO QUECEDO, 1992, pp. 212-3)

La clave está en recurrir a una interpretación sistemática de la Constitución sobre la interpretación y alcance del contenido del art. 23.2 CE. El autor se apoya en la lectura que del fenómeno terrorista hizo el constituyente en el art. 55.2 CE y desarrollado posteriormente en el art. 384bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este dispositivo legal permite la suspensión de cargo público recaído auto de procesamiento firme junto al decreto de prisión provisional. Esta posibilidad, junto a la libertad de configuración del legislador en materia de inelegibilidad, justifican la medida restrictiva del art. 6.2b) aun cuando no medie sentencia firme. (PULIDO QUECEDO, 1992, p.222)

El que un condenado por incurrir en las causas del art. 6.2b) pueda, de ser considerado elegible, desarrollar actividades identificables con conductas por las cuales haya sido condenado justifica la configuración de las mismas como causa de inelegibilidad. El art. 23.2 CE no se vulnera al responder esa causa de inelegibilidad a las exigencias de proporcionalidad con el fin que pretende cumplir: la defensa de la libertad del elector. (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 222)

Contextualizadas las posiciones de unos – Bastida y Fernández-Miranda - y la crítica de Pulido Quecedo, es momento de fijar nuestra posición en atención a los

---

<sup>446</sup> En este sentido, Caamaño Rodríguez (2000, p. 25) afirma: “La capacidad electoral, a diferencia de las causas de inelegibilidad, no delimita negativamente el derecho de sufragio pasivo sino que es un factor previo a su existencia, y solo cuando éste existe puede ser delimitado. Afirmación que, pese a su alcance restrictivo, no conduce necesariamente a privar de la protección jurisdiccional propia de los derechos fundamentales a aquella persona, que habiendo sido declarada electoralmente incapaz por los órganos competentes, se considere lesionada en sus derechos fundamentales. Ocurre, sencillamente, que el derecho violado no es el concreto derecho de sufragio pasivo sino el genérico derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos del artículo 23.2 de la CE. Que el derecho de sufragio pasivo se sitúe constitucionalmente en la órbita del art. 23.2 de la CE no significa que ambos se identifiquen”.

diferentes bienes jurídicos en juego: el principio de la libertad del elector como fundamento de la inelegibilidad y los principios de igualdad y de presunción de inocencia como límites a la constitucionalidad del art. 6.2b) LOREG.

La posición de Bastida gira en torno a la inexistencia expresa de la categoría de democracia militante en la CE. Es cierto que nuestra Constitución no se cuenta entre aquellas que disponen de cláusulas pétreas expresas. El Capítulo X permite a través del mecanismo de la reforma o la revisión de los arts. 167 y 168 la reforma parcial o total de nuestra Norma Fundamental. Nuestra CE pertenece a aquellas que propugnan un modelo democrático sin más límites al poder de reforma que los estrictamente procedimentales. Hecha la lectura formal, comienzan las contradicciones entre el *ethos* y el *telos* de la norma. En el Título Preliminar el constituyente utilizó un lenguaje especialmente contundente en atención a los valores y principios cardinales de nuestro modelo democrático. Ocupan el lugar central el art. 1 CE, que define los valores superiores de nuestro ordenamiento; el art. 2 CE y el principio de unidad indisoluble de la Nación Española y; el artículo 10.1, que proclama los derechos inviolables de la persona como fundamento del orden político y la paz social.

Tal contundencia no se repite a la hora de regular el mecanismo de la reforma y revisión constitucional de los artículos 167 y 168 CE. La técnica empleada por el constituyente fue, pues, intencionadamente contradictoria. Formalmente todo es reformable. Materialmente, los requisitos procedimentales son de tal complejidad que resulta poco menos que una ficción jurídica salvar tales obstáculos. Tal actitud es calificable de “esquizofrenia política” (REVENGA SÁNCHEZ, 2005, p. 20).

La calificación del prof. Bastida de la democracia española como no militante nos parece formalmente correcta en su tiempo. Las contradicciones aquí puestas de manifiesto junto a las reformas introducidas por la Ley de Partidos Políticos 6/02 – especialmente el art. 9, objeto de posterior análisis – ponen seriamente en entredicho la validez actual del argumento.

La quiebra del principio de igualdad es considerada causa de inconstitucionalidad del art. 6.2b) por el prof. Bastida. A estos efectos resulta especialmente interesante revisar el contenido del principio de igualdad del art. 14 CE de acuerdo a la línea doctrinal del prof. Pérez Royo. Es tenido por lugar común que el

contenido del principio de igualdad es la igualdad ante la ley. Esta afirmación resulta errónea por los siguientes motivos. La igualdad de los españoles es ante la Constitución, no ante la ley. Y lo es ante ésta y no ante aquella por que solo la Constitución es el resultado de la voluntad general de los españoles. La ley es la expresión de esa voluntad general, pero no la voluntad misma. Por esta razón la igualdad legislativa no existe. Si no fuese así, la igualdad no podría ser límite para el legislador ya que sería equivalente a afirmar una cosa y lo contrario. La igualdad constitucional lo que exige del legislador es la neutralidad legislativa. No se prohíbe que se diferencie, lo que se prohíbe es la discriminación, supuesto de diferenciación irrazonable y desproporcionada. El legislador puede diferenciar siempre y cuando lo haga de manera objetiva, razonable y proporcionada. (PÉREZ ROYO, 2010, pp. 230-1)

La pregunta a responder es: ¿La inexistencia de sentencia firme en los casos de delitos de terrorismo o rebelión es una prohibición objetiva, razonable y proporcionada? o, por el contrario, ¿vulnera los principios de igualdad y el derecho fundamental a la presunción de inocencia?

Responder a esta pregunta exige recurrir a una interpretación sistemática de la CE. En los tiempos de redacción del texto constitucional el terrorismo era uno de los grandes peligros para la estabilidad del incipiente orden democrático español. Una circunstancia que motivó la posibilidad de suspender determinados derechos ante situaciones perturbadoras del orden constitucional (art. 55.2 CE). El legislador hizo valer la prerrogativa constitucional posibilitando la suspensión de cargo o función pública a los procesados por delito de rebelión o terrorismo mediando decreto de prisión provisional (art. 384bis Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Esta libertad de configuración fue nuevamente utilizada por el legislador, *mutatis mutandis*, para configurar las causas de inelegibilidad de acuerdo a la jurisprudencia constitucional recaída en las Sentencias 80/1987 (F.J. 3º) y 166/1993, (F.J. 3º). Tanto la protección de las instituciones democráticas cuanto la garantía de la libertad de los electores son valores y garantías centrales para la estabilidad del orden democrático y la legitimidad del sistema democrático respectivamente. Ello posibilita el que el legislador, haciendo uso de la libertad configurativa otorgada *ex constitutione*, incluya medidas restrictivas del sufragio pasivo frente a aquellos que cometan delitos

que por su propia gravedad pueden poner en tela de juicio el necesario orden constitucional y la libertad del elector.

El otro punto conflictivo sobre la presunta inconstitucionalidad del art. 6.2 b) es el derecho fundamental a la presunción de inocencia<sup>447</sup>. En el ordenamiento español la presunción de inocencia es entendida como presunción *iuris tantum*.<sup>448</sup> Tiene, por tanto, naturaleza de “verdad interina” (MONTAÑES PARDO, 1999, p. 37). Ello implica el que pueda decaer de producirse la actividad probatoria mínima que precisa la sentencia condenatoria. En tal caso pasa a ser un *derecho debilitado*<sup>449</sup>. Huelga decir que el principio de doble instancia penal posibilita la revocación de la sentencia condenatoria. Pero, mientras tal revocación no se produzca la Sentencia condenatoria destruye la presunción de inocencia y la trueca en presunción de culpabilidad<sup>450</sup>.

Compartimos plenamente la doctrina del TC sobre el alcance y los límites de la presunción de inocencia. Su condición de presunción *iuris tantum*, junto a la existencia de otros bienes y valores igualmente dignos de tutela jurídica pertenecientes a la esfera electoral justifican, ante la comisión de delitos atentatorios contra la libertad del elector y la normalidad funcional de las instituciones democráticas, la imposición de medidas cautelares una vez recaída sentencia condenatoria.

### 3.6 LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y RESTITUCIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: EL ART. 53.2 CE Y 19H), 21, 108, 109 Y SS LOREG.

#### **3.6.1 Las garantías jurisdiccionales del art. 53.2 CE: el amparo judicial y el recurso de amparo constitucional. Notas generales.**

El artículo 23 CE se incardina en el Título I de la CE, Capítulo II, Sección Iª que tiene por rúbrica “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Su ubicación sistémica le confiere el rango de derecho fundamental, categoría jurídica nuclear de nuestro sistema democrático que se proyecta en una doble condición: la de

<sup>447</sup> Sobre la configuración de la presunción de inocencia como derecho fundamental, *vid.* STC 31/1981, F.J. 3º.

<sup>448</sup> En este sentido, *vid.* STC 29/1981, F.J.8º; STC 31/1981, F.J. 3º, entre otras.

<sup>449</sup> STC 31/1981, F.J. 3º; 109/1986; 81/1998, entre otras.

<sup>450</sup> *Vid.* ATC 862/1988, F.J.2º.



ser un *derecho subjetivo* y la de ser al propio tiempo un elemento constitutivo del *orden objetivo* de la comunidad política. En su dimensión individual, los derechos fundamentales son *conditio sine qua non* de libertad y autodeterminación y proyección inmediata de la dignidad humana, constituyendo el núcleo básico de la existencia del individuo de acuerdo a los parámetros de una existencia digna. La dimensión subjetiva de los derechos fundamentales se rebela con mayor intensidad si cabe en un derecho de participación política cuyo objeto es el logro de la autodeterminación política. (SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 1991, p. 88)

La condición objetiva de los derechos fundamentales es igualmente intensa en el caso del artículo 23 CE. Es un lugar común en el mundo del Derecho el afirmar la inescindibilidad funcional de los derechos fundamentales y la democracia. No hay democracia sin derechos fundamentales ni viceversa. Esta dependencia funcional se hace especialmente patente en el artículo 23, dispositivo del que depende en buena medida la materialización del principio democrático y la soberanía popular.

Del doble carácter o dimensión de los derechos fundamentales se deriva el conjunto de garantías que le es propio por mandato constitucional: las subjetivas y las objetivas o institucionales. De la validez y eficacia de éstas dependerá en la práctica la vigencia jurídica del derecho<sup>451</sup>. Las garantías subjetivas son los medios de que el individuo dispone para accionar los mecanismos de restitución ante una posible vulneración del derecho ante los jueces y Tribunales. Las garantías objetivas se refieren a los instrumentos que la Constitución otorga a los poderes públicos para que actúen conforme a ellos cuando está en juego un derecho constitucionalmente reconocido. Son las denominadas garantías normativas<sup>452</sup>. Unas y otras se encuentran en el art. 53, 81.1 y 168 CE, siendo los elementos centrales del régimen jurídico de los derechos

---

<sup>451</sup> En este sentido, Torres del Moral (2007, p. 595) afirma: “Un derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías. De ello ha habido conciencia desde el inicio del régimen constitucional, que fue cifrado no tanto en la existencia de libertades cuanto en su aseguramiento”.

<sup>452</sup>El objeto de las garantías normativas es triple: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar la modificación de los mismos y velar por la integridad de su sentido y eficacia. El primero de los objetivos se materializa en la vinculación de ciudadanos y poderes públicos a la CE (art. 9.1 CE); el segundo de los objetivos se garantiza otorgando a los derechos fundamentales un mecanismo de reforma reforzado por la vía del art. 168 CE y; el tercero se logra mediante el mecanismo de la reserva de ley y el respeto al contenido esencial del derecho del art. 53.1 CE. Una reserva de ley orgánica por mandato expreso del art. 81.1 CE. La exigencia de ley orgánica, como excepción al principio de mayorías instituido en nuestra CE, no es sino la petición de un consenso mayor de acuerdo a la relevancia sistémica de los derechos fundamentales para la supervivencia del orden democrático, vedándose injerencias indeseadas. Cf. PÉREZ LUÑO, 1993, pp. 66 y ss.

fundamentales. Uno de los rasgos informadores de nuestro texto constitucional es la preocupación del constituyente por instaurar un sistema de garantías y protección que hagan de los derechos fundamentales auténticos instrumentos de libertad y autodeterminación. (PÉREZ ROYO, 2010, pp. 462-3; PÉREZ LUÑO, 1993, p. 66)

Dado que ya ha habido ocasión de definir el conjunto de las garantías normativas de que disfrutaban los derechos fundamentales – procedimiento de reforma agravado del art. 168 CE, reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE y límite del contenido esencial del art. 53.1 CE –, tan solo resta realizar aquí una puntualización en relación a la garantía de la reforma agravada art. 168 CE. No todos los elementos que componen el derecho de participación política gozan de la garantía normativa del art. 168. Ítem más: un elemento que habilita para el ejercicio del derecho de sufragio, la mayoría de edad, podría ser reformado mediante reforma del art. 2.1 de la Ley Electoral. (PRESNO LINERA, 2001, p. 144)

El análisis objeto del siguiente apartado se centra en el conjunto de garantías de que dispone el ordenamiento jurídico para asegurar la vigencia material de los derechos del art. 23 CE: las orgánicas e institucionales y las denominadas garantías jurisdiccionales de los arts. 53.2 CE y 19h), 21, 108, 109 y ss LOREG.

### **3.6.2 Las garantías orgánicas y jurisdiccionales del derecho de sufragio activo.**

#### **3.6.2.1 Las garantías orgánicas: la Administración Electoral y sus órganos.**

El conjunto de garantías orgánicas diseñadas por el legislador procura velar por la objetividad del desarrollo del proceso electoral de acuerdo a los derechos fundamentales de los participantes y la igualdad de oportunidades<sup>453</sup>. Es un proceso que por su propia complejidad y relevancia para la existencia de un verdadero sistema democrático precisa de la intervención combinada de diversos sujetos con una mayor o menor intensidad en función de la fase de actuación de que se trate<sup>454</sup>.

<sup>453</sup> En este sentido, Azpitarte Sánchez (2003, p. 430) afirma: “El procedimiento electoral establecido en la ley debe estar encaminado a facilitar el ejercicio del derecho de sufragio, de suerte que en su regulación legal queden proscritas aquellas condiciones relativas al ejercicio calificables como arbitrarias o desproporcionadas y, por el contrario, se establezcan otras que faciliten el ejercicio”.

<sup>454</sup> “La centralidad de las elecciones en el sistema democrático determina su carácter emblemático: de modo que el proceso electoral no es solo una exigencia funcional imprescindible del sistema democrático,

En primer lugar, se precisa de la actuación decisiva de las Administraciones Públicas en los diferentes niveles territoriales. Su no participación impediría articular un procedimiento electoral digno de tal nombre. En un segundo nivel, se requiere la participación de los actores electorales: representantes, interventores, apoderados y administradores. Su función general es contrastar la objetividad del proceso, evitando que el aparato público al servicio de las elecciones distorsione la igualdad de oportunidades. Por último, pero no por ello menos relevante, se precisa de la participación del ciudadano en general. Este se encargará de verificar el correcto ejercicio del sufragio por los electores y de las operaciones de recuento. De la sincronía de estos tres pilares dependerá la eficacia del proceso electoral y el correcto ejercicio del derecho de sufragio activo. (ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, 2011, pp. 282-3)

Junto a los actores aquí citados, la institución elemental que verifica el correcto ejercicio del derecho de sufragio activo es, en términos generales, la Administración Electoral (en adelante, AE). Definida en el art. 8.1 LOREG, «tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad», es decir, velar por el cumplimiento de la Ley Electoral a través del control de los diversos intervinientes<sup>455</sup>. El cumplimiento de tales fines le otorga las siguientes características: a) Autonomía e independencia respecto del resto de poderes del Estado y principalmente del Ejecutivo, quedando a salvo de la misma el necesario control judicial<sup>456</sup>; b) Una compleja estructura orgánica colegiada caracterizada por las notas de dependencia y jerarquía; c) Naturaleza de organismo especial que desempeña una actividad a medio camino entre el acto judicial o normador y el político en mayor medida que el puro acto administrativo; d) Estructura parcialmente provisional, como demuestran las Mesas Electorales y las Juntas inferiores Provinciales y de Zona. La

---

su verdadero requisito sine qua non, sino exponente él mismo de la vitalidad o enfermedad de aquél, indicador, por tanto, de su verdadera condición o estado”. (SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 1993, p. 66)

<sup>455</sup> En este sentido, Arnaldo Cubilla (1999, p. 89) afirma: “Así delimitada la Administración Electoral, el legislador de 1985 la ha habilitado – e incluso, en las reformas ulteriores de la LOREG, y muy particularmente, en la Ley Orgánica 8/1991, de 3 de marzo, ha ampliado sustancialmente el marco inicialmente conferido – para, en nombre del pueblo, titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE), y de conformidad con la definición del Estado español como Estado democrático (art. 1.1 CE) a partir de la celebración de elecciones periódicas por sufragio universal, libre, directo y secreto (art. 23.1 en relación con los arts. 68.1 y 69.1 CE) *velar* por la limpieza del proceso electoral y evitar cualquier intromisión o adherencia que pueda condicionar la expresión de la decisión libre y democrática de aquél”.

<sup>456</sup> La independencia y autonomía de la Administración es producto de la regulación normativa iniciada mediante el Real Decreto-Ley de Normas Electorales de 20 de marzo de 1977 y completada mediante la LOREG. Una autonomía e independencia considerada como garantía primaria de elecciones libres a proteger a través de la opción por un modelo judicialista en los diversos niveles que componen su estructura orgánica.

Junta Electoral Central (en adelante, JEC) tiene la calificación de órgano permanente con actividad funcional independiente del proceso electoral.

La AE se compone de las Juntas Electorales y las Mesas Electorales. Especialmente polémica resulta la consideración de la Oficina del Censo Electoral como órgano de la Administración Electoral. Una polémica resultante de la no inclusión en el art. 8.2 LOREG – que enumera los órganos que componen la AE – y la confusa redacción del art. 29.1 LOREG<sup>457</sup>. El art. 30 atribuye a la Oficina del Censo Electoral, en materia de sufragio las funciones de elaboración y actualización del Censo. La relevancia de estas funciones la hace partícipe de garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad del art. 8.1 LOREG. Desde una perspectiva funcional, la Oficina del Censo Electoral pertenece a la AE<sup>458</sup>. (PRESNO LINERA, 2001, p. 150)

Las Juntas Electorales son el organismo básico de la AE y como tal les corresponde velar por el correcto desarrollo de las elecciones. Su composición es multinivel de acuerdo a la estructura del Estado español. Opera en cuatro niveles diferentes: la JEC, de ámbito nacional; la Junta Provincial, con sede en las capitales de provincia; las Juntas de Zona y, en su caso, las Juntas de Comunidades Autónomas de acuerdo a la legislación de cada CCAA (art. 8.2 LOREG).

El órgano central dotado de mayores competencias funcionales es, de acuerdo al principio de dependencia y jerarquía de la Administración Electoral, la Junta Electoral Central. El grueso de sus competencias se halla establecido en el art. 19 de la

---

<sup>457</sup>Art. 29.1. La Oficina del Censo Electoral, encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, es el órgano encargado de la formación del censo electoral y ejerce sus competencias bajo la dirección y la supervisión de la Junta Electoral Central.

<sup>458</sup> La jurisprudencia del TC se ha encargado de aclarar la posición de la Oficina del Censo Electoral excluyéndola de los órganos que conforman la AE. La Sentencia TC 148/1999, F.J. 7º afirmó: “Debe significarse que la L.O.R.E.G. tiene un concepto preciso de lo que sea la “Administración Electoral”, que regula en el Capítulo III del Título Primero, y que en dicho concepto no se incluye la Oficina del Censo Electoral, y menos aún la Administración local, que es la que tiene a su cargo el empadronamiento, presupuesto, a su vez, de la inclusión en el Censo Electoral. El art. 8 L.O.R.E.G. regula tanto la función institucional de la Administración Electoral, como su composición orgánica. Respecto a lo primero, el apartado 1 dispone que “la Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad”. Y respecto a lo segundo, el apartado 2 del propio artículo dice que “integran la Administración Electoral las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales”. El examen de las competencias de esos órganos de la Administración electoral evidencia que entre ellas no se contiene ninguna relativa a la formación del censo o a la decisión acerca de sus revisiones”. Una jurisprudencia que confirmará en la Sentencia 149/1999, F.J. 6º en términos idénticos.

LOREG. Entre otras, destacan las siguientes: la función de desarrollo normativo de la propia Ley Electoral (art. 66); la potestad de resolución de las consultas provenientes del resto de Juntas Electorales; la unificación de doctrina en materia electoral y la revocación de cualquier decisión por parte de las Juntas Inferiores. Aun siendo un órgano independiente y judicializado, no por ello deja de ser Administración sometida escrupulosamente al principio de legalidad en su actuación<sup>459</sup>.

La actividad de la JEC está sometida, de acuerdo a la expresión «en los términos de la presente Ley» del art. 8 LOREG, a aquel núcleo competencial determinado, tasado y concretado por el legislador orgánico electoral. El correcto entendimiento institucional de la JEC implica comprender que, si bien no se halla sometida a control alguno por el Gobierno de acuerdo a su independencia funcional, el propio órgano ha de ser especialmente riguroso en el cumplimiento de ley, reduciendo al mínimo la discrecionalidad y facilitando ampliamente su control jurisdiccional (SOLÓZABAL ECHEVARRIA, 1993, p. 74).

La centralidad de la JEC como órgano básico en el logro de la objetividad del proceso electoral se proyecta directamente en el estatus de sus miembros. La objetividad del procedimiento de designación de sus miembros y la independencia e inamovilidad en el ejercicio de sus funciones son las notas elementales de un régimen funcional que busca garantizar su independencia vital.

El otro órgano que compone la AE son las Mesas Electorales del art. 23 LOREG. Son consideradas el último escalón establecido por el legislador electoral para garantizar el correcto ejercicio del derecho de sufragio activo. El art. 80 las define como

---

<sup>459</sup>Gálvez Muñoz (1999, p. 97) afirma sobre la independencia de la Junta Electoral Central lo siguiente: “Nos encontramos, sin duda, ante el elemento definitorio de la Junta Electoral Central más relevante y característico, pues solo si este órgano es independiente y se siente y percibe como tal por las fuerzas políticas contendiente en las elecciones y por los propios ciudadanos podrá cumplir de manera adecuada el importante papel que, como órgano supremo de nuestra Administración Electoral, está llamada a desempeñar en el proceso electoral”. Una independencia que es reforzada por el art. 16.1 LOREG que establece la inamovilidad de los miembros de la JEC y su revocación tan solo por las causas tasadas en la propia Ley. Por su parte, el art. 9.1 LOREG deja bien patente el carácter fuertemente judicializado de la JEC al estar compuesto por: a) Ocho Vocales Magistrados del Tribunal Supremo, designados mediante insaculación por el Consejo General del Poder Judicial. b) Cinco Vocales Catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología, en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Consejo de los Diputados.

órgano provisional cuya actuación se limita al día de las elecciones. Se compone de un grupo de ciudadanos que elegidos por sorteo vela por la corrección del ejercicio del sufragio electoral. Entre sus funciones destaca la verificación de la personalidad del elector, la protección de la libertad y el secreto del voto y la igualdad de oportunidades de los candidatos. No menos relevante resulta, terminado el horario electoral, la realización del escrutinio y recuento de los votos, la resolución de los supuestos dudosos y el anuncio de los resultados. Su carácter provisional, su independencia del Gobierno y su sujeción jerárquica a las Juntas Electorales no restan un ápice a su especial relevancia en la garantía de la pureza del proceso electoral en primera instancia.

### 3.6.2.2 Las garantías jurisdiccionales: el amparo judicial y el recurso de amparo constitucional.

El constituyente español, sobre la base de los principios de legalidad y seguridad jurídica concretizados en los arts. 24 y 25 CE, instituyó un complejo y completo sistema de garantías jurisdiccionales<sup>460</sup>. La Constitución ha querido que ante la inevitabilidad fáctica de producirse lesiones de un derecho fundamental por los poderes públicos su reparación se realice con prontitud y eficacia<sup>461</sup>. Su objeto es la limitación *ratione temporis* del poder (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, pp. 81-2).

El texto del art. 53.2 CE dice así

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante

---

<sup>460</sup> Las garantías reconocidas en el art. 24 y 25 CE son concreción de los principios de legalidad y seguridad jurídica del art. 9.3 CE. Las garantías del art. 24 CE son: a) la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; b) el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; c) el derecho a un proceso debido en sus distintas fases. El art. 25, que garantiza el principio de legalidad en el ámbito penal y sancionador, incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*.

<sup>461</sup> Especialmente ilustrativa es la Sentencia TC 113/95, F.J. 6º, que afirmó a este respecto que: “Resulta patente, y no precisa ser especialmente subrayado, que los derechos y libertades constitucionales vinculan a los poderes públicos de toda índole y naturaleza, y que tratándose de órganos jurisdiccionales, esa vinculación significa no sólo un deber de respeto hacia esos derechos y libertades, sino también un deber de tutela. Es decir, un deber de proteger dichos derechos y libertades, frente a todo tipo de ataques, pues son los órganos jurisdiccionales, todos los órganos jurisdiccionales, los primeramente encargados de la tutela de dichos derechos y libertades. Por lo tanto, al establecer el art. 53.2 C.E. que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que el citado precepto impone es un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de los derechos y libertades señalados y no la de atribuir tal protección a una u otra jurisdicción y, menos aún, la de excluir a la jurisdicción militar de una protección que es inherente a todas ellas”.

los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Dos las garantías jurisdiccionales cualificadas previstas por el legislador constituyente. La primera, a accionar ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento especial basado en las notas de preferencia y sumariedad. La segunda, de naturaleza subsidiaria y extraordinaria a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Parte de la claridad de su objeto □ la defensa de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo □ se desdibuja por la confluencia de tres factores: 1) La generalidad de la remisión; 2) La diferente forma en que la norma alude a uno y otro procedimiento jurisdiccional y, especialmente, por; 3) la indefinición inicial acerca de cuáles son las infracciones de aquellos derechos que darán lugar a la activación de las garantías procesales aquí definidas. (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, p. 85)

El art. 53.2 CE otorga, vía mandato al legislador, determinadas garantías procesales para ciertos derechos fundamentales. No es un derecho de acción procesal – ordinaria o constitucional – en favor de la defensa de los derechos fundamentales. El mandato constitucional se dirige a exigir la actuación reguladora de la protección ante el juez ordinario predeterminado por la ley en primera instancia y, eventualmente, ante el juez constitucional. El derecho de acción surge exclusivamente de la actuación reguladora del legislador. El único punto predeterminado por el art. 53.2 CE es el que dice respecto a la legitimación abstracta en favor de la capacidad de «cualquier ciudadano» para la defensa de tales derechos fundamentales<sup>462</sup>. La defensa de los derechos fundamentales es función ejercida preferentemente por la jurisdicción ordinaria y de forma eventual por la jurisdicción constitucional. Las relaciones entre uno y otro orden jurisdiccional han sido establecidas por el legislador orgánico de

---

<sup>462</sup>La expresión «cualquier ciudadano» puede inducir a una interpretación restrictiva de los sujetos legitimados para la interposición del amparo de acuerdo a la jurisprudencia constitucional recaída en relación al concepto de ciudadano del art. 23 CE. No obstante, tal interpretación ha de ser rechazada ya que la capacidad para ser parte *ex* artículo 53.2 no ha de ser más restrictiva que la capacidad o titularidad de los derechos fundamentales a ser tutelados.

acuerdo al «principio de subsidiariedad» del art. 43. 1 LOTC<sup>463</sup>. (JIMÉNEZ CAMPO, 1999, pp. 83-4)

### 3.6.2.3 El amparo judicial preferente y sumario del art. 53.2 CE.

La primera vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales del art. 23 CE es el amparo judicial. Residenciado en el orden jurisdiccional no constitucional, ha de entenderse como el procedimiento regular de protección de los derechos fundamentales. Su cobertura se ciñe a los derechos fundamentales de la Sección Iª más el principio de igualdad del art. 14 CE. Quedan excluidas, por tanto, las cuestiones de legalidad ordinaria. En nuestro sistema, el garante de los derechos fundamentales es, ante todo, el juez ordinario predeterminado por la ley a través de los procedimientos ordinarios y, singularmente, a través del amparo judicial (art. 24.1 CE). Solo eventualmente procederá la activación del procedimiento excepcional y subsidiario del recurso de amparo.

Las dos notas elementales del amparo judicial son la *preferencia* y la *sumariedad*, delineadas por el legislador constituyente en el texto del propio art. 53.2 CE. La preferencia se define como procedimiento al que ha de dársele antecendencia en su tramitación y resolución por los órganos judiciales, con independencia de la orden de ingreso del mismo<sup>464</sup>. Se trata de una exigencia genérica de eficiencia en la prestación de la tutela, excepción a la regla de sucesión cronológica del art. 249 LOPJ<sup>465</sup>. La sumariedad se caracteriza por la urgencia a través de la cual se pretende restituir al ciudadano en el ejercicio de su derecho, motivo que comporta un régimen especial de suspensión del acto impugnado. Se concretiza en la rapidez a ser preservada por el legislador, que cuenta en este campo con un amplio margen de actuación ante el silencio de la Constitución al respecto. Serán criterios de conveniencia y técnica legislativa los

---

<sup>463</sup>Art. 43.1 LOTC. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

<sup>464</sup> La Sentencia TC 81/1992, F.J. 4º definió el concepto *preferencia* en los siguientes términos: “La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos.”

<sup>465</sup> Art. 249 LOPJ. Las vistas de los asuntos se señalarán por el orden de su conclusión, salvo que en la ley se disponga otra cosa.



elementos a tener en cuenta en la articulación de las posibles soluciones procesales, dependiendo del derecho fundamental a proteger.

El objeto es instituir un mecanismo célere de protección de los derechos fundamentales frente a los actos lesivos de todo tipo provenientes de los poderes públicos, ya sean vías de hecho, disposiciones reglamentarias o, inclusive, la inactividad administrativa. Su actuación no requiere la previa utilización del recurso de reposición ni cualquier otro recurso administrativo. Quedan excluidos los actos políticos del Gobierno y los actos *interna corporis* del Poder Legislativo, sin efectos jurídicos frente a terceros.

La expresión «un procedimiento» parece dar a entender la uniformidad procedimental en la interposición del amparo judicial. Una simplicidad que no encuentra réplica en la técnica legislativa. No hay uniformidad procedimental en el amparo judicial, ya que en ningún momento el legislador ha tomado en consideración la creación de un procedimiento general de amparo en la protección de los derechos fundamentales, haciéndolo recaer en manos de una jurisdicción ya existente o creando *ad hoc* una de carácter específico. Muy al contrario: el legislador ha optado por la técnica de instituir procedimientos especiales en los diversos órdenes jurisdiccionales □ contencioso-administrativo, social y militar □ en vez de un proceso general o común. Caso particular es el orden penal y civil, en el cual a falta de ley específica la protección se reconduce a la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>466</sup> y Civil respectivamente<sup>467</sup>. (PÉREZ ROYO, 2010, p. 463; CRUZ VILLALÓN, 2011, p.80)

Podemos concluir afirmando que el recurso de amparo judicial es un recurso especial, no ordinario y distinto al seguido con regularidad en el conjunto de los órdenes

---

<sup>466</sup> La defensa de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo se regula en los arts. 114 y ss de la Ley 29/1998, Ley de jurisdicción contencioso-administrativa; en el orden civil, el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el orden laboral, los artículos 175 y ss del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 27 de abril.

<sup>467</sup> A respecto de la ausencia de *lex specialis* en el orden civil y penal para la defensa de los derechos fundamentales mediante el procedimiento preferente y sumario, Díez-Picazo (2008, p. 88) afirma: “[...] salvo las jurisdicciones civil y penal, todos los demás órdenes jurisdiccionales tienen sus propios procedimientos preferentes y sumarios para la protección de los derechos fundamentales en sus respectivos ámbitos. La ausencia de vías procesales específicas para la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales civiles y penales no es grave ni censurable: en materia penal, porque las violaciones de los derechos fundamentales son, por definición, intraprocesales, de manera que normalmente habrán de repararse mediante el sistema de recursos establecido en la propia legislación penal y procesal; en materia civil, porque dicha ausencia de vías procesales específicas está relacionada con la debatidísima cuestión de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”.

jurisdiccionales, actuado principalmente en el orden contencioso-administrativo<sup>468</sup>. Siendo especial no es excepcional sino normal, es decir, la vía primaria reaccional uniformemente a disposición de los ciudadanos. Ése es su sentido: el ser la vía regular y común de protección de los derechos fundamentales.

El trámite de admisión del amparo judicial tiene una función eminentemente negativa: demostrar que la demanda no tiene inequívoco contenido constitucional y que su tramitación y resolución corresponde a los Tribunales ordinarios. Es en la sentencia donde se manifiestan, con especial intensidad, las características de la sumariedad. La necesaria rapidez instituida por ésta conlleva una limitación de los medios de prueba, circunscritos a la comprobación de la violación del derecho fundamental y con efectos directos en el valor de la sentencia. En efecto, la sentencia recaída en el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE no tiene la fuerza de cosa juzgada material. Es una tutela judicial interina. Por tanto, puede accionarse posteriormente un proceso ordinario – plenario – que verse sobre el mismo objeto y desvinculado de la sentencia recaída en el proceso anterior. El procedimiento se limita, pues, a adoptar decisión material con la necesaria amplitud para administrar justicia, de acuerdo al principio general del derecho de *dar a cada uno lo suyo*. Queda fuera de la consideración de la cosa material juzgada cualquier aspecto relativo a materia infraconstitucional. (BALAGUER CALLEJÓN *et al*, 2011, p. 375)

#### 3.6.2.4 El art. 53.2 CE *in fine*: el recurso de amparo constitucional.

En el texto del art. 53.2 CE se define, sin solución de continuidad, la otra garantía jurisdiccional específica de los derechos fundamentales: el recurso de amparo constitucional. Desde una perspectiva subjetiva y garantista es la garantía jurisdiccional interna final de los derechos fundamentales. Su condición de instrumento preferente a través del cual el TC desarrolla su labor de «intérprete supremo» de la Constitución le

---

<sup>468</sup> En este sentido, Díez-Picazo (2008, pp. 88-9) afirma: “Hay que subrayar, en fin, que el procedimiento preferente y sumario previsto por el art. 53.2 CE, en cualquiera de sus manifestaciones, no es de utilización necesaria. Antes al contrario, constituye un añadido a la protección de los derechos fundamentales mediante los procesos ordinarios, que siempre está abierta. Ello quiere decir que quien cree que se la ha vulnerado un derecho fundamental de la Sección 1ª debe decidir si acude al procedimiento preferente y sumario, al proceso ordinario o, incluso, a ambos. Esta última posibilidad está reconocida por una reiteradísima y constante jurisprudencia contencioso-administrativa: la única advertencia es que en el procedimiento preferente y sumario solo cabe invocar vulneraciones de derechos fundamentales, no vicios de mera legalidad en que también haya podido incurrir el acto impugnado”.

confiere una dimensión objetiva con proyección en el terreno de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Ambas dimensiones – la subjetiva o individual y la objetiva o hermenéutica – conforman la regulación y comprensión procesal del amparo<sup>469</sup>. (PÉREZ TREMPES, 2010, pp. 107-8)

La expresión «en su caso» resulta fundamental para el entendimiento de su naturaleza como instituto de corrección de errores en la protección de los derechos. El legislador constituyente utilizó esta fórmula para diferenciarlo del amparo judicial. Una diferencia que se manifiesta, en primer lugar, en su excepcionalidad frente a la normalidad del amparo judicial. El recurso de amparo solo cabe para recabar la protección de derechos fundamentales. Quedan fuera de su objeto la solicitud de aplicación de cualesquiera otras normas constitucionales así como las cuestiones de mera legalidad ordinaria<sup>470</sup>. Consecuencia directa de su restrictivo objeto de aplicación es la imposibilidad de accionar el amparo frente a un pretendido exceso de protección de los derechos fundamentales. Es decir, no cabe accionar el «contra-amparo» para revocar una supuesta equívoca sobreprotección de los derechos fundamentales. De ello se deriva la naturaleza unidireccional del recurso de amparo, cuyo fin es la protección de la vulneración y no evitar una posible sobreprotección de derechos fundamentales. (DIEZ-PICAZO, 2008, pp. 90-1)

El recurso de amparo no es tan solo un recurso extraordinario. También es excepcional. La protección de los derechos a través del recurso de amparo no ha de ser la tónica general, sino la excepción. Es un instrumento para cuando fallan los medios naturales de protección de los derechos, es decir, tiene carácter correctivo de los errores producidos en el interior del sistema de protección de los derechos instituido por el legislador primario. (PÉREZ ROYO, 2010, p. 475)

El grueso de la regulación del recurso de amparo se encuentra en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC). La CE ha sido inequívocamente parca al respecto. El art. 53.2 CE se limita a nombrar al Tribunal Constitucional como órgano competente para la resolución del recurso de amparo. El

---

<sup>469</sup> Una posición especialmente crítica de la relevancia de la dimensión objetiva del recurso de amparo puede verse en Diez-Picazo, 1994, pp. 24-33.

<sup>470</sup> En este sentido, la Sentencia 37/1982, F.J. 5º afirmó: “La pretensión en amparo se limita a solicitar la prosecución del procedimiento especial, lo que impide, por la efectividad del principio de congruencia, que este Tribunal pueda entrar en el examen de otras cuestiones relacionadas con la viabilidad del proceso ordinario, en relación con el proceso especial en general y, singularmente, en el caso examinado”.

art. 161.1. b) remite al legislador la regulación de «los casos y formas» en que el TC es competente en materia de amparo. El art. 162.1. b) atribuye la legitimación «a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal». Hasta aquí las menciones directas al recurso de amparo en el texto constitucional<sup>471</sup>. El artículo 165 realiza una reserva material de ley orgánica en favor del Tribunal Constitucional<sup>472</sup>. De la misma se deduce, dado que es el TC el órgano competente para conocer del amparo constitucional, que el conocimiento de su régimen jurídico requiere inexcusablemente del análisis de la LOTC. Concretamente, del Título III titulado “Del recurso de amparo constitucional”.

El art. 43 LOTC da cuerpo a otra de sus notas características anunciadas en sede constitucional mediante el giro «en su caso»: la subsidiariedad<sup>473</sup>. El recurso de amparo no es solo un recurso excepcional. También es subsidiario y, como tal, accionable únicamente una vez agotada la vía previa del amparo judicial. Han de fallar los mecanismos normales de protección de los derechos fundamentales para que el TC pueda intervenir en amparo. Su objeto es definido conjuntamente por los arts. 42, 43 y 44 LOTC. Cabe recurso de amparo contra los actos sin valor de ley de las asambleas legislativas (art. 42); contra todas las formas de actuación administrativa (art. 43) y, por último, contra las actuaciones judiciales (art. 44). La única excepción es la constituida por la imposibilidad de recurrir en amparo directo contra las leyes y los demás actos con fuerza de ley<sup>474</sup>. Cuestión problemática, que aquí solo apuntamos, es la posible

---

<sup>471</sup>“En definitiva, de la Constitución solo puede extraerse que el recurso de amparo es un instrumento procesal para la tutela de los derechos fundamentales de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de aquella cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Constitucional dotado de especiales características en cuanto a la legitimación para formularlo y que procede solamente en determinados casos y de acuerdo con determinadas formalidades que la Constitución remite complementariamente a la ley”. (CARRASCO DURÁN, 2001, p. 82)

<sup>472</sup> Art. 165 CE. Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

<sup>473</sup> Art. 43 LOTC. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

<sup>474</sup>A este respecto, Cruz Villalón (2006, p. 476) afirma: “Se trata simplemente de reconocer que el recurso de amparo no debe «ahogar» a los demás procesos constitucionales a través de los cuales el Tribunal Constitucional también tutela los derechos fundamentales. Con la diferencia de que en la función que desempeña a través del proceso de amparo el Tribunal Constitucional puede ser, y de hecho es, sustituido, en tanto que en la función de tutela de los derechos fundamentales que desempeña a través de los procesos de declaración de inconstitucionalidad no puede serlo.” Sobre la imposibilidad de accionar el recurso de amparo frente a la ley, Díez-Picazo (2008, p. 91) afirma: “[...] es dudoso que se trate de una grave carencia; y ello porque, en la mayor parte de los casos, quien estime que la ley le conculca un

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ante la negativa del juez a actuar la cuestión de inconstitucionalidad ante la imposibilidad de accionar el recurso de amparo<sup>475</sup>.

Nada dice la LOTC respecto de los actos de los particulares como posible objeto del recurso de amparo. Este silencio encuentra su justificación en la ausencia de consenso sobre la eficacia y los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares<sup>476</sup>. No obstante, cuando el TC ha considerado que la respuesta a la cuestión sustantiva es afirmativa, ha admitido el recurso de amparo mediante la imputación de la violación del derecho fundamental al órgano judicial que desatendió la protección debida del derecho fundamental. Una construcción que choca frontalmente con la disposición del art. 44 LOTC, que requiere que el amparo contra decisiones judiciales tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión del poder judicial». (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 92)

No son éstas las únicas manifestaciones de la excepcionalidad del recurso de amparo recogidas en el cuerpo de la ley. La misma se mantiene a lo largo del *iter procesal* del recurso, recordemos que de amplia libertad configurativa en favor del legislador por voluntad de la Constitución. La nueva redacción dada al art. 49 y el nuevo art. 50. 1.b) LOTC introducido en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo

---

derecho fundamental podrá combatirla indirectamente, a través de los actos (administrativos o jurisdiccionales) de aplicación de la misma y, en definitiva, podrá pedir al juez del proceso correspondiente que interponga cuestión de inconstitucionalidad”.

<sup>475</sup> El TC atajó la polémica arriba expuesta en la Sentencia 159/1997 (F.J. 5º), al afirmar que: “Como este Tribunal ha afirmado con reiteración "suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial (SSTC [148/1986](#) y [23/1988](#)), el cual por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la Ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste (AATC [10/1983](#) y [301/1985](#)). No resulta posible plantear a este Tribunal, mediante la alegación del art. 24 C.E., el control sobre la decisión que los Jueces adopten al respecto, o el no uso por éstos de la facultad que les atribuye el art. 163 C.E." (STC [67/1988](#), fundamento jurídico 7º). "El órgano judicial -se añade en la misma STC [67/1988](#)-, sometido a la Ley y a la Constitución, en el momento de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona, puede y debe realizar un examen previo de constitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito. Sólo en caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (STC [23/1988](#)). Si aplica la norma respetando su sujeción a la Ley (art. 117.1 C.E.), ello quiere decir que no la ha estimado inconstitucional" (en sentido similar, SSTC [206/1990](#), fundamento jurídico 2º, y [119/1991](#), fundamento jurídico 2º, entre otras). Doctrina ésta que, por lo demás, resulta tanto más aplicable al presente supuesto cuando la apreciación de no inconstitucionalidad, por parte del órgano judicial, de la norma aplicada, ha sido explícita y extensamente razonada en su Sentencia, dada la fundamentación de inconstitucionalidad de la pretensión de la actora.” En sentido similar, vid. STC 55/1998; 35/2002, entre otras.

<sup>476</sup> Un estudio a tal respecto puede verse en Bastida Freijedo *et al*, 2005, pp. 189 y ss.

introdujo un cambio sustancial en la tramitación del amparo constitucional con marcado tinte restrictivo. El TC se encontraba sumido en una situación de atasco y retraso funcional por el incesante aumento de recursos de amparo. Una problemática que le hacía desatender otras funcionales igualmente atribuidas al mismo<sup>477</sup>. Ante esta situación, basada principalmente en el uso abusivo que del amparo constitucional se venía haciendo, el legislador orgánico introdujo una reforma para poner fin al continuo abuso que había desnaturalizado la condición excepcional y subsidiaria del amparo constitucional.

Según la vigente redacción, solo serán admitidos aquellos recursos que muestren una relevancia constitucional indubitada. El trámite de admisión de la demanda tiene carácter constitutivo de la naturaleza del recurso. Su función es eminentemente positiva: verificar que efectivamente la demanda tiene relevancia constitucional y ha de ser objeto de pronunciamiento de fondo por el TC. Una «especial trascendencia constitucional del recurso» que ha de ser acreditada por el recurrente<sup>478</sup>. La admisión del recurso se hace depender de una doble cuestión: de la denuncia de violación de un derecho fundamental y, sobre todo, de que la misma tenga indubitada relevancia objetiva o general. Un requisito, el de la trascendencia constitucional, no susceptible de subsanación y cuya no demostración conlleva la inadmisión no recurrible<sup>479</sup>. La reforma va en la línea de hacer del recurso de amparo instrumento para

---

<sup>477</sup> Sobre la problemática del recurso de amparo en su anterior formulación y los problemas que ello introdujo en el normal funcionamiento del TC, Garro Vargas (2006, pp. 95-6) afirmó: “Si dentro de la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional tiene un lugar privilegiado, las estadísticas sobre su labor indican que el conocimiento del recurso de amparo posee, dentro de las competencias de éste, particular relevancia cuantitativa. Éstas muestran además que el art. 24 CE es el más invocado, seguido del art. 14 CE en su dimensión de igualdad en la aplicación judicial de la ley. También señalan que el trabajo se concentra en la fase de admisión; y que la abismal disparidad que existe entre el índice de los casos ingresados y el de los resueltos pone al descubierto el colapso que sufre este Tribunal. Además, como se sabe, precisamente con ocasión de los asuntos relativos a la tutela judicial efectiva se han ocasionado ciertos problemas de articulación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria”.

<sup>478</sup> En este sentido, especialmente ilustrativo resulta el Auto TC 188/2008, F.J. 2º que afirmó: “[...] en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, que añade el transcrito inciso final al art. 49.1 LOTC, en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto”.

<sup>479</sup> A este respecto, el ATC 188/2008, F.J. 3º afirmó que: “La exigencia prevista en el art. 49.1 in fine LOTC de que en la demanda de amparo se justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso es, además, un requisito insubsanable. Si bien el art. 49.4 LOTC dispone que “[d]e incumplirse cualquiera de los requisitos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de diez días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acodará la inadmisión del recurso”, no obstante, la propia naturaleza y la función que cumple

el desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales, más allá de su condición de medio para hacer justicia en casos concretos. (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 97; PÉREZ TREMPES, 2010, p. 125)

El proceso en sí está fuertemente marcado por la nota de celeridad propia de los bienes jurídicos en juego. Admitida la demanda y tras recabar las informaciones de los poderes públicos en el plazo máximo de 10 días (art. 51 LOTC), las partes del proceso dispondrán de un plazo común de 20 días para la presentación de las alegaciones (art. 52.1 LOTC). Acto seguido, la Sala o en su caso la Sección dicta sentencia en el plazo de 10 días (art. 52.3 LOTC). La sentencia concederá o denegará el amparo solicitado (art. 53 LOTC). Las particularidades de la sentencia concedente del amparo solicitado se hallan reguladas en el art. 55 LOTC. Se distinguen entre el mero reconocimiento o declaración del derecho, la anulación del acto impugnado y/o el restablecimiento del recurrente en el pleno goce de aquél.

Puede concluirse que el recurso de amparo es una garantía jurisdiccional adicional, excepcional y subsidiaria en un sistema de protección de los derechos fundamentales articulado principalmente a través del procedimiento ordinario, el procedimiento preferente y sumario del propio art. 53.2 CE o la propia cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 CE<sup>480</sup>. En principio, podría decirse que tales mecanismos son más que suficientes. Una afirmación que se ve reforzada por la inexistencia en numerosas democracias consolidadas de la figura del recurso de amparo, sin que por ello su sistema de protección de derechos fundamentales haya sido puesto en entredicho<sup>481</sup>.

---

la carga establecida en el inciso final del art. 49.1 LOTC, en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC, impiden considerar que este requisito sea de naturaleza subsanable.

<sup>480</sup> En sentido similar, Palomo Vélez (2007, p. 396) afirma: “En esta perspectiva, debemos anotar respecto de la tutela de los derechos fundamentales en el sistema español que ella se encuentra encomendada – con carácter general y previo – a la jurisdicción ordinaria, vale decir, a los tribunales ordinarios. En España, la pieza central del sistema de amparo de los derechos y libertades fundamentales está dada por los órganos judiciales ordinarios”.

<sup>481</sup> En este sentido, Bastida Freijedo *et al* (2005, p. 218) afirmaba con anterioridad a la reforma 6/2007 lo siguiente: “Si en su momento la aparición del amparo constitucional se justificaba desde el interés a que la mencionada protección fuera dispensada por un órgano que no despertara ningún recelo en lo que a su talante democrático se refiere, hoy este temor resulta infundado. De ahí que en la actualidad pueda ponerse en tela de juicio el mantenimiento de un procedimiento de este tipo tal cual ha sido caracterizado y se proponen alternativas varias. Desde una modificación que potencie la dimensión objetiva del recurso, reservándolo solo para cuestiones de especial relevancia, hasta la inclusión de figuras como el contraamparo para responder al reconocimiento de un derecho no contenido en una norma constitucional que ha sido incorrectamente interpretada o aplicada, pasando por un amparo frente a leyes para reparar

Su mayor virtud es la función de unificación de criterios de interpretación y aplicación de las normas de derechos fundamentales, máxime en un sistema jurídico caracterizado por su división en órdenes jurisdiccionales. Una virtud complementaria, no por ello menor, es la relevancia que el amparo constitucional tiene en la formación de una cultura jurídica proyectiva de una imagen de especial sensibilidad de los poderes públicos hacia la defensa por los propios ciudadanos de los derechos fundamentales ante el intérprete supremo de la CE, *órgano de cierre* en la tutela de los derechos fundamentales. (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 102; PALOMO VÉLEZ, 2007, p. 399)

No puede concluirse este apartado sin criticar la desconsideración del legislador en reforzar las garantías jurisdiccionales en materia de sufragio activo, instituyendo un recurso específico de amparo ante posibles lesiones – por acción u omisión – del derecho declarativo de inscripción en el Censo Electoral. No se comprende muy bien que, a diferencia de los mecanismos de protección diseñados legalmente en el caso del derecho de sufragio pasivo (art. 49.4 y 109 LOREG), el operador legislativo no haya tenido idéntica sensibilidad a la hora de proteger el sufragio activo. Según el art. 38.4 LOREG, el procedimiento a seguir es el preferente y sumario del art. 53.2 CE para aquellos recursos fuera del periodo electoral en materia de listas electorales y, en su caso, el recurso de amparo del art. 43 LOTC para exclusiones indebidas en las mismas.

La objetividad y adecuación del proceso electoral dependía en gran medida de la eficiencia procesal de los diversos institutos y actores involucrados en el proceso, así como de la celeridad de los mecanismos disponibles para subsanar cualquier posible violación del conjunto de los derechos del art. 23 CE. El legislador no ha considerado – equivocadamente a nuestro entender – necesario reforzar la protección del derecho de sufragio activo instituyendo un procedimiento similar en términos de celeridad al previsto en el caso de los recursos del art. 49.4 LOREG. A este equívoco ha contribuido la jurisprudencia del TC que, en su Sentencia 154/1988, F.J. 3º afirmó que

[...] resulta perfectamente congruente con la protección especial que la Constitución dispensa al derecho fundamental proclamado en su art. 23.1, que el art. 38.4 de la vigente Ley Orgánica electoral disponga la

---

singularmente la lesión del derecho antes que conseguir la depuración objetiva del ordenamiento. Pero lo cierto es que hoy por hoy cualquier intento de remodelar el amparo, sin introducir ningún cambio normativo, debe compatibilizarse con su función más tradicional de protección de situaciones subjetivas[...].”



aplicación del procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 C.E. a los recursos jurisdiccionales que se deduzcan frente a las decisiones de la Oficina del Censo Electoral, fuera del período electoral, en materia de listas electorales. Y que quepa también, por la vía configurada en el art. 43 de la LOTC, recurso de amparo frente a una exclusión indebida en las mencionadas listas, del mismo modo que respecto al sufragio pasivo aparece expresamente previsto en el art. 49 de aquella Ley Orgánica electoral.

No es cierta la homogeneidad procesal que el TC afirma a respecto de los dos recursos. Mientras en el caso del art. 49.4 LOREG el plazo total para presentación y resolución por el TC es de 5 días, en el caso del recurso de amparo del 43 LOTC no existe tiempo material para el examen y posible estimación del recurso. Teniendo en cuenta los plazos de resolución del amparo constitucional, no es descabellado afirmar que existe un evidente riesgo de que se produzca una respuesta extemporánea por el conjunto de los poderes públicos en materia de Censo Electoral. Una circunstancia que podría producirse aun en el supuesto de los recursos fuera del periodo electoral (PRESNO LINERA, 2003, p. 267). La decisión, aun siendo correcta supondría, además de la lesión *ratione temporis* del art. 23.1 CE, una posible vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE<sup>482</sup>.

### 3.7 LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES ESPECÍFICAS DEL ART. 23.2 CE: CONSIDERACIONES GENERALES.

Examinadas las garantías jurisdiccionales del art. 23.1 CE, es momento de analizar las vías de protección específicas establecidas por el legislador electoral en relación al derecho de sufragio pasivo. El legislador constituyente, en su art. 70.2 CE, optó por atribuir el contencioso electoral al Poder Judicial al entender que presenta innegables ventajas en términos de objetividad e imparcialidad, haciendo caso omiso a la tendencia clásica en el parlamentarismo de atribuir el control a las propias asambleas legislativas electas<sup>483</sup>. El ámbito espacial determinado por el art. 70.2 CE se limita a las elecciones generales. Quedan fuera los otros comicios que conforman nuestro sistema

<sup>482</sup> El TC, Sentencia 26/1983, F.J. 3º, definió el término dilación indebida de la siguiente forma: “[...] el derecho a la tutela judicial efectiva se habrá satisfecho, aunque si se adoptan con una tardanza excesiva e irrazonable pueda considerarse lesionado el derecho al proceso sin dilaciones indebidas”.

<sup>483</sup> Art. 70.2 CE. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.

electoral. No es ésta la única restricción, ya que en principio solo son objeto de contencioso-electoral las controversias relativas a la proclamación de electos<sup>484</sup>.

El mandato constitucional se ve complementado por la acción del legislador orgánico a través de la LOREG. La *vis* expansiva con que ha dotado el TC al art. 23 y los incidentes acontecidos en las elecciones generales de 1989 han dado lugar a alteraciones sustanciales en un amparo diseñado en principio exclusivamente para la proclamación de candidatos y candidaturas (ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, 2011, p. 311). El legislador, consciente de tales hechos y ante la necesaria protección de la integridad y objetividad del proceso electoral en su conjunto, llevó a cabo una extensión de la protección de los comicios electorales. La reforma de la LOREG por la LO 8/1991 introdujo un sistema electoral de doble garantía jurisdiccional que, como veremos, se inicia a través del recurso contencioso-electoral y concluye, en su caso, con el amparo electoral.

### **3.7.1 El recurso contencioso-electoral de los arts. 49 y 109 y ss LOREG: notas generales.**

La primera vía de protección de la objetividad de la contienda electoral es el recurso contencioso-electoral. Su característica elemental es el ser garantía adicional al proceso electoral. La legitimidad del sistema democrático pasa inexcusablemente por garantizar la pureza de las elecciones. En consecuencia, el legislador hizo abstracción de dos momentos especialmente relevantes del periodo electoral y, por ello, merecedores de una garantía jurisdiccional *ad hoc*: la proclamación de candidaturas y la proclamación de electos. Es al orden contencioso-administrativo del Poder Judicial al que corresponde decidir sobre quien se presenta a las elecciones y quiénes ocupan las instancias representativas una vez conformada la voluntad general en las urnas. (PÉREZ ROYO, 2010, p. 553)

---

<sup>484</sup> Sobre el contencioso electoral diseñado en el art. 70.2 CE, Pérez Royo (2010, p. 557) afirma: “El art. 70.2 CE dice expresamente que «la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida a control judicial» y, en consecuencia, el pronunciamiento del TS debería de poner fin de manera definitiva al contencioso electoral, ya que el TC no es poder judicial. A lo sumo se podría aceptar la intervención del TC en un recurso de amparo por violación del art. 24 CE, pero nunca por violación del 23 CE”.

Puede considerarse el contencioso-electoral un recurso con una triple función. Es, en primer lugar, recurso autónomo que agota el control judicial de legalidad del proceso electoral. En segundo lugar, es la vía previa de necesario agotamiento antes de acudir al art. 43 LOTC. Igualmente, tiene un cierto sentido institucional por la relevancia constitucional de las quejas que mediante el propio recurso puedan formularse. Una circunstancia que se traduce en un plus de flexibilidad del requisito formal de la previa invocación ante los posibles errores u omisiones en que los recurrentes pudieren incurrir. (FERNÁNDEZ SEGADO, 1997, p. 218)

El recurso contencioso-electoral contra la proclamación de candidatos o candidaturas se encuentra sucintamente regulado en el art. 49 LOREG. En él se dispone que, una vez proclamadas candidaturas y candidatos, cualquier candidato excluido o bien los representantes de las candidaturas proclamadas o denegadas pueden interponer recurso frente a los acuerdos de proclamación de la Junta Electoral correspondiente. El recurso se dirige, por tanto, contra la indebida exclusión o inclusión de una candidatura o bien, tratándose de candidaturas de listas, contra la presencia o ausencia de uno o varios miembros integrantes de la misma.

Se interpone ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia según la Disposición Transitoria 5ª LOREG. Su tramitación, obviamente preferente, se caracteriza por la brevedad de plazos de interposición y resolución. El plazo para la interposición es de 2 días contados desde la publicación de los candidatos proclamados, sin perjuicio de la preceptiva notificación al representante de aquel o aquellos excluidos. La resolución se da en las 48 horas siguientes a la presentación.

La regulación que la LOREG realiza de esta modalidad contencioso-electoral es inequívocamente sumaria. La existencia de diversas lagunas ha conminado al TC a realizar una labor jurisprudencial de perfeccionamiento de las vicisitudes del propio recurso y su resolución<sup>485</sup>. Mención particular merece la falta de numeración de los posibles fallos susceptibles de pronunciamiento por el Tribunal competente, aun cuando resulte comprensible que se reduzcan a la inadmisibilidad por la no concurrencia de los

---

<sup>485</sup> Vid. STC 95/1991, F.J. 3º.

requisitos necesarios o bien la procedencia o improcedencia de la proclamación de las candidaturas o candidatos en liza.

Pardo Falcón apunta una peculiar imprecisión técnica de la LOREG en esta modalidad de contencioso-electoral. La Ley Electoral no emplea la denominación contencioso-electoral para el art. 49, reservándola exclusivamente para la proclamación de electos del art. 109 y ss. Una omisión que podría tener alguna relevancia jurídica, ya que los arts. 116.1 y 117 LOREG tan solo predicen las notas de urgencia, preferencia y gratuidad de los recursos contencioso-electorales. Esta imprecisión puede salvarse recurriendo a una interpretación sistemática y teleológica del conjunto de la normativa electoral. (PARDO FALCÓN, 1999, p. 152)

Los arts. 109 y ss LOREG regulan el otro momento del proceso electoral susceptible de recurso contencioso-electoral: la proclamación de electos y la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales. Esta modalidad de recurso se define esencialmente por las notas de exclusivo y excluyente. La exclusividad se sustancia en la imposibilidad de impugnación de los acuerdos de proclamación de electos y de Presidentes de las Corporaciones Locales por vía distinta al contencioso-electoral. Es asimismo un recurso excluyente por no proceder frente a cualquier otro tipo de resolución producida a lo largo del proceso electoral. (SANTOLAYA MACHETTI, 1995, p. 149)

De forma similar al contencioso electoral del art. 49, se caracteriza por las notas de preferencia absoluta en su tramitación y celeridad en su sustanciación y resolución, siéndole de aplicación supletoria la LJCA (art. 116.2 LOREG). Una urgencia y celeridad que no ha de suponer el olvido de las garantías esenciales del art. 24 CE. La supletoriedad de la LJCA no se traduce en la aplicación *ipso facto* de los principios generales que rigen aquella, particularmente del principio dispositivo.

El art. 110 LOREG establece una triple legitimación en la persona del candidato o candidatos proclamados o no proclamados; los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción y; por último, a los partidos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hubieren presentado candidaturas en la circunscripción. La legitimación procesal se restringe a los protagonistas directos de la

contienda electoral, de acuerdo a la doctrina del TC sobre la titularidad del derecho de participación política del art. 23 CE.

Son candidatos legitimados exclusivamente los proclamados y no proclamados electos. Quedan excluidos aquellos que en su momento no fueran proclamados candidatos por sus respectivas formaciones. En términos similares, *mutatis mutandis*, ha de entenderse la referencia a las asociaciones cuya inclusión en la LOREG se debe a la transcripción que ésta realizó del artículo 73.3 c) del Real Decreto-ley 20/1977. No obstante, la escasa relevancia de tales incorrecciones han desmotivado al legislador a operar su reforma. (PARDO FALCÓN, 1999, p. 161)

El art. 112 regula la tramitación bajo la premisa de la celeridad. Los sujetos legitimados del art. 111 cuentan con tres días a contar desde la proclamación de los electos para la interposición del recurso. La única excepción a este cómputo se da en el caso de acaecer un hecho nuevo y relevante no susceptible de ser conocido *ex ante* por la Junta Electoral. En este caso el cómputo comienza a contar desde su conocimiento por la misma.

La cuestión del órgano electoral competente para su resolución estuvo rodeada desde sus inicios de fuerte polémica política y doctrinal. El legislador optó extrañamente por atribuir la resolución del contencioso del art. 109 a los Tribunales Superiores de Justicia, quizás motivado por aplacar los encendidos ánimos de los partidos nacionalistas. Una *descentralización* que motivó no poca confusión jurisprudencial por las diversas resoluciones adoptadas ante supuestos de hechos similares en las primeras convocatorias electorales y, particularmente, en las elecciones generales de 1989. La reforma de 1991 residenció la competencia del mismo para las elecciones generales en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (art. 112.2 LOREG). El conocimiento de los contenciosos electorales autonómicos y locales es de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia de la CCAA en cuestión (art. 112.2 LOREG).

El art. 113 LOREG dispone que la Sentencia ha de ser dictada en el plazo de 4 días concluido el periodo de pruebas. Contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos: a) La inadmisibilidad del recurso; b) La validez de la elección y la proclamación de electos con expresión, en su caso, de la lista más votada; c) Nulidad

del acuerdo de proclamación de uno o varios electos y subsecuente proclamación de aquellos que corresponda; d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas que podrá limitarse al acto de la votación o bien proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación Local en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. La invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comporta nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.

Especialmente polémico se presenta el pronunciamiento que dice respecto de la nulidad de la elección del apartado d) del art. 113 LOREG. En su redacción original, el artículo preveía, ante vicios invalidantes del proceso electoral determinantes para el resultado de la elección, la celebración de nueva convocatoria en la circunscripción correspondiente en el plazo de tres meses. Los problemas prácticos que tal regulación produjo precisaron de un sobreesfuerzo interpretativo del enunciado original que el TC se vio obligado a realizar y que el legislador incorporó literalmente en la reforma de la LO 8/1991, dando pie a una regulación de la nulidad de las elecciones de corte bien más restrictivo que la redacción original<sup>486</sup>. Concluye el art. 114 impidiendo la presentación de recurso alguno ordinario ni extraordinario salvo el de aclaración que, obvio es decirlo, no es en sí mismo un recurso.

### **3.7.2 La última vía de protección jurisdiccional del proceso electoral: el recurso de amparo electoral. Notas generales.**

La LOREG dispone en su art. 49.3 que no cabe frente a la sentencia recurso alguno, «sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional». Se abre así la puerta al llamado recurso de amparo electoral. Son dos los momentos electorales que gozan de una protección jurisdiccional reforzada a través del amparo electoral: el de la proclamación de candidaturas y candidatos del art. 49.3 y el de la proclamación de electos del art. 114.2 de la Ley Electoral<sup>487</sup>. Formulados en el marco

<sup>486</sup> Cf. Pardo Falcón, 1999, p. 166.

<sup>487</sup> Arnaldo Alcubilla y Abellán Matesanz (2002, p. 146) sintetizan la relevancia de la presentación de candidaturas en los siguientes términos: “La presentación de candidaturas constituye, [...], el acto jurídico formal por el cual los ciudadanos que reúnen las condiciones de elegibilidad anuncian su deseo de contender en unas elecciones, concretando así las ofertas políticas y las propuestas de personas entre las

del proceso electoral, tienen como presupuesto una única instancia. En el caso de elecciones autonómicas y locales, ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; en el caso de elecciones generales o al Parlamento Europeo, ante el Tribunal Supremo (art. 112.2 LOREG).

Su ámbito de aplicación está ceñido a los procesos electorales a los que resulta de aplicación el art. 49 LOREG e incluidos en el Título I<sup>488</sup>. Una restricción objetiva que se justifica por la particularidad de un recurso al servicio de un procedimiento perentorio, fugaz y preclusivo como el electoral. No obstante, el TC ha introducido una salvedad extensiva al incluir las elecciones del Título V (Diputaciones Provinciales) como susceptibles del amparo electoral contra la proclamación de electos<sup>489</sup>.

El régimen procesal del amparo electoral presenta notables particularidades frente a la regulación del amparo general, aun cuando pueden ser considerados una subespecie del recurso de amparo del art. 43 LOTC por estar dirigidos mayoritariamente contra actos de la Administración Electoral. Destaca principalmente el sistema de plazos brevísimo que rige en su presentación y resolución. No cabe duda que el legislador, ante la relevancia de los bienes jurídicos en juego, entendió imprescindible articular un *iter procesal* especialmente célere, si bien incompleto. Es el TC quien, en el uso de la competencia para «dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización»

---

que deben elegir los electores; por eso, son el «prius» necesario [...], para que haya elección. Es un acto obligatorio en el sentido de que solo tendrán la condición jurídica de candidatos aquellos que previamente hubieran sido declarados como tales por la Administración Electoral competente, que, como «Administración de garantía» que es, garantiza que reúnen las condiciones legales exigidas para solicitar el voto de los electores y obtener la condición de representantes”.

<sup>488</sup>Forman parte del Título I los siguientes procesos electorales: las elecciones generales al Congreso y Senado, las elecciones locales, al Parlamento Europeo, las elecciones autonómicas y las propias de los Cabildos Insulares canarios y a las instituciones de las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos Vascos. Caso particular es la proyección del recurso de amparo electoral sobre candidatos electos a las Alcaldías y Diputaciones Provinciales.

<sup>489</sup> El ATC 251/1991, F.J. único afirmó que: “A primera vista pudiera quizá dudarse sobre la aplicación del Título I de la L.O.R.E.G., que reza «Disposiciones comunes para las Elecciones por Sufragio Universal Directo», a las elecciones a Diputados Provinciales reguladas en el Título V de la misma Ley, toda vez que se trata de unas elecciones de sufragio indirecto de segundo grado, mas este Tribunal ya tuvo ocasión de destacar en su [STC24/1989](#), fundamento jurídico 5.º, que «pese a la confusa denominación técnica que encabeza el Título I, lo regulado en él como disposiciones comunes resulta también de aplicación a las elecciones a Diputados Provinciales en la medida en la que no pugne con las disposiciones específicas que en el propio Título V se contemplan». Y es obvio que no existe un sistema alternativo o específico de garantías jurisdiccionales para las elecciones reguladas en este último título”.

establecida en el artículo 2.2 LOTC dictó tres Acuerdos mediante los que ha ido completando el régimen procesal de aquéllos<sup>490</sup>. (PÉREZ TREMP, 2010, p. 139).

La especificidad del amparo electoral le hace deudor de un ámbito de aplicación restrictivo. No es en modo alguno un mecanismo para depurar cualquier vicio concerniente a la objetividad e integridad del proceso electoral. Sólo cabe el amparo electoral ante violaciones del derecho fundamental del art. 23.2 CE que supongan una especial afección en el normal funcionamiento del proceso electoral. Quedan fuera de su ámbito de aplicación cualesquiera otros incidentes que, afectando al proceso electoral, no sean tenidos por especialmente relevantes. Estos supuestos serán protegidos a través de las vías procesales ordinarias y, en el caso de afectar a derechos fundamentales, por el recurso de amparo del art. 53.2 CE.

### **3.7.3 El recurso de amparo electoral sobre proclamación de candidaturas y candidatos del art. 49.3 LOREG.**

La nota distintiva principal de esta modalidad de amparo electoral es la extrema perentoriedad de los plazos de interposición y resolución<sup>491</sup>. La razón no es otra que la protección de aquellos candidatos y candidaturas que, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos, se hayan visto indebidamente excluidos del proceso electoral. Entrando en la cronología de esta modalidad de amparo electoral, el art. 49.4 LOREG establece un plazo total de duración del recurso de 5 días: 2 para la interposición y 3 para la resolución, teniendo en cuenta las especificaciones procesales del art. 2 del ATC de 20 de enero de 2000<sup>492</sup>. Por su parte, el art. 4 definió los días como naturales sin

---

<sup>490</sup> El texto íntegro del Acuerdo puede consultarse en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/Acuerdos/ac200100.pdf>. (acceso el 27/06/2013)

<sup>491</sup> En este sentido, el TC ( Sentencia 167/1989, F. J. único) afirmó a respecto de la brevedad del plazo lo siguiente: “ [...] plazo cuya brevedad viene impuesta por la naturaleza perentoria y peculiar del amparo electoral en el que todo el proceso debe resolverse en tres días, una vez deducidas las alegaciones procedentes por el Ministerio Fiscal, según el art. 49.4 de la LOREG y el art. 6 del Acuerdo Pleno del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 1986 sobre tramitación de estos asuntos”.

<sup>492</sup> Artículo 2 ATC 20/1/2000. Si la demanda de amparo se dirigiese contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas y candidatos (arts. 47.3 y 49 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General), el plazo para su interposición será de dos días a partir de la notificación de la resolución judicial recaída en el proceso previo a que se refieren los arts. 49.1 y 2 de la citada Ley Orgánica, y los arts. 8.4 y 12.3 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [...].



excepción alguna. Ello supone una excepción en relación al art. 80 LOTC, que computa los días como hábiles a efectos de interposición del amparo general.

La celeridad procesal tiene como lógica consecuencia la flexibilidad interpretativa de la normativa procesal que afecta al recurso de amparo. En el caso del recurso de amparo electoral y en función de la Sentencia del TC 146/1999 (F.J. 1º),

[...] la interpretación de la legislación que regula el procedimiento de amparo debe realizarse de forma flexible, para facilitar con ello la plena eficacia del ejercicio de los derechos fundamentales; esa flexibilidad debe ser aun mayor, si cabe, en un procedimiento, como es el recurso de amparo electoral, en el que la perentoriedad de los plazos exige una tramitación no formalista de las causas, siempre que se respeten los principios básicos del proceso constitucional.

La flexibilidad procesal se sintetiza en la inexistencia de una fase de admisión formal a trámite de la demanda, salvo en aquellos supuestos en que el incumplimiento de los mínimos procesales es insostenible jurídicamente (ATC 251/1991). La trascendencia que para la estabilidad del sistema democrático tiene el logro de la transparencia y eficacia de la conformación de la voluntad general justifican *per se* las licencias procesales aquí puestas de manifiesto.

En cuanto a la legitimación pasiva se refiere, procede el amparo electoral contra la impugnación de los acuerdos de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). En este caso, en un doble supuesto: a) De las Juntas Electorales sobre la proclamación de candidaturas<sup>493</sup> y candidatos que vulneren un derecho fundamental o bien; b) Contra las resoluciones de órganos judiciales que produzcan la violación del derecho fundamental «de modo inmediato y directo»<sup>494</sup> (art. 44.1 b LOTC). No es infrecuente dirigir el recurso contra ambos poderes en el caso de producirse una violación distinta y autónoma del derecho tanto por la Administración Electoral cuanto por el órgano judicial. Queda descartada de raíz la posibilidad de interponer el amparo electoral por *indeterminadas conductas de particulares* entendidas como maniobras políticas<sup>495</sup>. (FIGUERUELO BURRIEZA, 1989, pp. 146-7; PARDO FALCÓN, 1999, p. 155)

---

<sup>493</sup> Vid. STC 69/86

<sup>494</sup> Vid. STC 73/86

<sup>495</sup> Vid. STC 72/87, F.J. único.

La legitimación activa la ostentan, principalmente, aquellos que formaron parte del recurso contencioso electoral: los candidatos excluidos y los representantes de las candidaturas excluidas y admitidas (art. 49.1 LOREG). Están igualmente legitimados el Ministerio Fiscal y en su caso el Defensor del Pueblo (art. 46.1 b LOTC y art. 2 del Acuerdo de 20 de Enero de 2000). La principal peculiaridad que en relación a la legitimación presenta este recurso es su posible interposición por las organizaciones partidarias. Los partidos políticos, en su condición de «instrumento fundamental para la participación política» *ex* art. 6 CE tienen la facultad de presentar candidaturas electorales y consecuentemente están legitimados para la defensa de las mismas. Una defensa que no supone alteración sustancial del derecho del art. 23.2 CE como derecho *exclusivamente* ciudadano<sup>496</sup>.

El objeto del recurso es fácilmente reconocible: el restablecimiento en el ejercicio de los derechos fundamentales del art. 23 CE y del art. 24 CE y sus garantías conexas en aquellos supuestos en que la vulneración traiga consecuencia de la actuación del órgano judicial. Únicamente pueden litigar aquéllos candidatos en quienes concurren los requisitos legales exigidos en el Título I de la LOREG. Esta vía jurisdiccional es especialmente importante para evitar la extemporaneidad de una exclusión indebida o una proclamación incorrecta que de otra forma y a pesar de su corrección devendría inútil. Es vía exclusiva y excluyente de otros recursos que no admite la defensa alternativa mediante el recurso de amparo ordinario (*vid.* ATC 13/2000; STC 80/2002).

El recurso de amparo electoral es igualmente un recurso de carácter subsidiario. Su interposición ante el TC procede una vez agotada la vía judicial previa del recurso contencioso-administrativo del art. 49.1 LOREG<sup>497</sup>. No se tendrá por cumplido este requisito en el supuesto de inadmisión por incumplimiento de las debidas

---

<sup>496</sup> En este sentido, la Sentencia TC 25/1990, F.J. 3 *in fine*, afirmó que: “si no la titularidad del derecho, si 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 les atribuye el art. 6 de la Constitución”.

<sup>497</sup> En este sentido, la Sentencia 112/1991, F.J. 1º afirmó lo siguiente: “[...]tal y como reiteradamente ha señalado este Tribunal, cuando en los recursos de amparo electorales se impugna la proclamación de una determinada candidatura, es el correspondiente Acuerdo de la Junta Electoral competente 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 impugnabile en la medida en que confirme el acto de la Junta Electoral presuntamente lesivo de derechos”.

exigencias de forma y plazo<sup>498</sup>. Se requiere igualmente la invocación previa del derecho fundamental presuntamente violado, si bien es cierto que el TC ha realizado una interpretación ciertamente flexible de este segundo requisito que, en la práctica, dependerá de las circunstancias de los recurrentes.

Este régimen general del contencioso administrativo cuenta con una notable excepción introducida en la LOREG por la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos en lo relativo a presentación de candidaturas. La finalidad de la reforma es evitar que a través de agrupaciones de electores concurra un partido declarado judicialmente ilegal y disuelto (art. 44.4 LOREG). La proyección electoral de la LO 6/2002 ha sido considerada inconstitucional por parte de la doctrina. Pérez Royo la considera manifiestamente inconstitucional debido a que las agrupaciones de electores no constituyen ejercicio del derecho de asociación del art. 22 CE, sino del de participación política del art. 23 CE. En opinión de aquél, no cabe una limitación tan restrictiva como la que pueda darse en el caso del derecho de asociación. (PÉREZ ROYO, 2010, p. 554)

El TC ha sido especialmente puntilloso en asegurar la naturaleza subsidiaria del amparo electoral, corrigiendo parcialmente la regulación normativa que del mismo realizó el legislador y que propiciaba que el recurso de amparo se convirtiese en una *segunda* instancia (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 439). Especialmente ilustrativa es en este sentido la STC 79/1989, F.J. 1º, que afirmó que

no cabe entender el recurso de amparo interpuesto tras un recurso contencioso electoral como una última instancia de apelación, en la que pueda plantearse una plena revisión de los hechos y de la interpretación del derecho electoral realizadas primero por la Junta Electoral, y luego, sobre todo, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

La Sentencia en amparos electorales no suele revestir gran complejidad jurídica. Exceptuando los supuestos de inadmisión son tres los fallos posibles: a) la confirmación de la proclamación realizada por la Junta Electoral pertinente y la consecuente nulidad de la sentencia que la enmendó; b) la proclamación obligatoria de alguna candidatura indebidamente excluida; c) la exclusión de una candidatura indebidamente incluida. (PÉREZ TREMPES, 2010, p. 147)

---

<sup>498</sup> Vid. STC 108/1991, F.J. único.

Resumiendo: el recurso de amparo electoral es un proceso sumarísimo; dotado de una notable flexibilidad procesal en atención a la perentoriedad de los bienes jurídicos en liza; con una cognición limitada objetivamente a la exclusión indebida de candidatos o a la indebida proclamación de candidaturas y limitado a la prueba documental. Tiene naturaleza subsidiaria, precisando del agotamiento de la vía judicial previa y su sentencia tiene carácter general devolutivo. El nombramiento o proclamación de candidatos, o de las siglas de partido, se remitirá a la Sala o Junta Electoral. En algunos supuestos, no obstante, se mantiene la proclamación hecha por ésta última si lo que se anula es la sentencia objeto de recurso, como medida de restablecimiento. (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 446)

La valoración del amparo electoral sobre proclamación de candidaturas arroja un resultado ciertamente contradictorio. De una parte, tomando como referente el art. 70.2 CE, que hace del Poder Judicial el garante del sufragio, es obvia la duda sobre la adecuación jurídica de hacer del amparo electoral un mecanismo de unificación interpretativa en materia electoral y de las tensiones que ello genera con la función del amparo. Resulta igualmente conflictiva la *mutación* que la regulación en sede electoral del amparo tiene sobre la posición del TC en el ordenamiento – recuérdese que el TC está sometido exclusivamente a la Constitución y a su propia Ley Orgánica (art. 165 CE y art. 1 LOTC) –. Tales argumentos aconsejan una reforma del contencioso de proclamación de candidaturas, en la línea de atribuir al Poder Judicial las competencias que hagan posible la unificación de la doctrina legal mediante un sistema de recursos que resulte compatible con la legislación procesal y que mantenga las notas propias del proceso contencioso electoral: la celeridad y sumariedad en su tramitación y resolución. (PULIDO QUECEDO, 1992, p. 449)

Esta inadecuación procesal no ha de impedir reconocer que el recurso de amparo ha desempeñado un imprescindible papel en clave institucional, al permitir al TC fijar una serie de principios básicos de derecho electoral que, en el ámbito de los derechos del art. 23 CE, han contribuido indudablemente al refuerzo de la seguridad jurídica, integridad y objetividad del proceso electoral en su conjunto (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 411-2)<sup>499</sup>. Corresponde al legislador organizar un sistema de recursos que

---

<sup>499</sup> Entre los principios aquí aludidos, destacamos, sin ánimo conclusivo, los siguientes: las decisiones que privan del sufragio activo (exclusión del censo) y pasivo (declaración de inelegibilidad) son fiscalizables en vía de amparo (SSTC 60/1987 y 80/1987); siempre que una candidatura presente irregularidades

coadyuve el mandato constitucional del art. 70.2 CE de privilegiar al Poder Judicial en el conocimiento y resolución de los contenciosos electorales en última instancia.

### **3.7.4 El recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidatos electos: el art. 114.2 LOREG.**

El segundo de los amparos electorales, incorporado a la LOREG tras la reforma de la LO 8/1991, es el relativo a la proclamación de candidatos electos. De forma similar al amparo electoral del art. 49.3 LOREG, tiene por presupuesto el agotamiento de la vía judicial previa del art. 109 y ss. Agotada dicha vía cabe interponer amparo electoral ante la existencia de irregularidades en el escrutinio susceptibles de afectar al resultado final de la elección y, por extensión, a la conformación de los órganos representativos. La interpretación del TC ha entendido no existir violación del derecho fundamental y, en consecuencia, no caber amparo electoral ante supuestos de depuración general del escrutinio electoral<sup>500</sup>.

Los principios generales de esta modalidad de amparo son similares, que no idénticos, a los ya analizados en la modalidad anterior: celeridad en la tramitación y resolución y flexibilidad procesal, si bien de forma atenuada en relación al amparo del art. 49.3 LOREG. El plazo de interposición del recurso se amplía de 2 a 3 días y su resolución por el TC se producirá en el plazo máximo de 15 días en lugar de los 3 del anterior supuesto. Las peculiaridades procesales se encuentran en el art. 3 del ATC de 20 de enero de 2000 anteriormente comentado (art. 2.2 LOTC)<sup>501</sup>. La regulación procesal llevada a cabo por el TC tiene carácter complementario, no suponiendo la

---

subsanales, debe concedérsele la posibilidad de subsanación (SSTC 73/1986, 24/1989 y 86/2003); todos los candidatos incluidos en una lista, cualquiera que sea su posición dentro de ella tienen idénticos derechos (STC 31/1993); proclamar electo a quien ha perdido la elección vulnera tanto el apartado primero como el apartado segundo del apartado 23 CE (STC 71/1989 y 27/1990). Cf. Díez-Picazo 2008, pp. 411-2.

<sup>500</sup> *Vid.* SSTC 148 y 185/1999.

<sup>501</sup> Artículo 3 La interposición y tramitación de los recursos de amparo a que se refiere el art. 114.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se ajustarán, sin perjuicio de lo dispuesto en los demás preceptos de este Acuerdo, a los siguientes plazos: 1) Tres días para la interposición del recurso de amparo y para la personación y alegaciones de quienes hubiesen sido parte en el procedimiento judicial previo. 2) Cinco días para la presentación de alegaciones por el Ministerio Fiscal. 3) Diez días para la resolución del recurso de amparo. De presentarse la demanda de amparo en la sede del órgano judicial cuya resolución hubiese agotado la vía previa, el mismo la remitirá al Tribunal Constitucional con el conjunto de las actuaciones y el informe de la Junta Electoral a que se refiere el art. 112.3 de la citada Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

modificación de la naturaleza de esta modalidad de amparo. Máxime cuando sus diferencias procesales son menos acusadas que en el caso del art. 49.3 LOREG<sup>502</sup>. En definitiva, la urgencia y preferencia absoluta del contencioso-electoral del art. 116 LOREG es de aplicación analógica al amparo electoral. Su objeto es garantizar la adecuada composición definitiva de las instituciones representativas.

El ámbito material de aplicación del amparo electoral ante la proclamación de candidatos se extiende a los procesos incluidos en el Título I de la LOREG, si bien contempla un supuesto adicional en relación al art. 49.3 LOREG. El art. 109 LOREG incluye este recurso para los acuerdos de Proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales (Alcaldes) al tener su origen en el sufragio universal del art. 23.1 CE. De igual forma, el TC ha llevado a cabo una interpretación extensiva de su ámbito material al considerar que cabe amparo electoral en las elecciones a miembros de las Diputaciones Provinciales ya que, aun siendo indirectas, son designados por los Concejales<sup>503</sup>.

En relación al objeto del recurso, se fundamenta en el acto de proclamación de electos por acción de la Junta Electoral y, en su caso, confirmado mediante sentencia de los Tribunales Superiores de las diversas CCAA en los procedimientos autonómicos y locales y del Tribunal Supremo para las elecciones generales. Requisito imprescindible es la invocación de la vulneración del derecho fundamental del art. 23.2 o bien del art. 24.1 CE. Este último es un requisito procesal subsanable en función de las circunstancias de los recurrentes. Un supuesto particular de admisión material del recurso se da cuando el acto objeto de impugnación trae procedencia de un vicio insubsanable que afecte a la validez de la elección. La proclamación irregular de un inelegible es presupuesto de validez de la elección y, por tanto, cae en el ámbito del recurso de amparo electoral del art. 114.2 una vez agotada la vía judicial ordinaria del recurso contencioso-electoral (PULIDO QUECEDO, 1992, pp. 455-6).

---

<sup>502</sup> Sobre la naturaleza del amparo electoral, *vid.* STC 24/1990, F.J. 2º, párrafo 3º.

<sup>503</sup> El ATC 251/1991, F.J. único afirmó: “A primera vista pudiera quizá dudarse sobre la aplicación del Título I de la L.O.R.E.G., que reza «Disposiciones comunes para las Elecciones por Sufragio Universal Directo», a las elecciones a Diputados Provinciales reguladas en el Título V de la misma Ley, toda vez que se trata de unas elecciones de sufragio indirecto de segundo grado, mas este Tribunal ya tuvo ocasión de destacar en su STC24/1989, fundamento jurídico 5.º, que «pese a la confusa denominación técnica que encabeza el Título I, lo regulado en él como disposiciones comunes resulta también de aplicación a las elecciones a Diputados Provinciales en la medida en la que no pugne con las disposiciones específicas que en el propio Título V se contemplan». Y es obvio que no existe un sistema alternativo o específico de garantías jurisdiccionales para las elecciones reguladas en este último título”.

El contenido de la Sentencia está vinculado al que haya sido otorgado en sede contencioso electoral (art. 113.2 LOREG). Por tanto, deberá pronunciar alguno de los fallos siguientes: a) la inadmisibilidad del recurso; b) la validez de la elección y en consecuencia la definitiva proclamación de los candidatos electos; c) la nulidad del acuerdo de proclamación y su sustitución por aquellos que corresponda o; d) la nulidad de la elección en aquellas mesas en que las irregularidades detectadas tengan el carácter de invalidantes y la necesaria convocatoria en las mismas, siempre que afecte a la distribución de escaños en la circunscripción.

#### ***CAPÍTULO 4 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA CF 1988***

El presente capítulo comparte identidad de propósito con su precedente: analizar las causas y plantear posibles soluciones que, desde la perspectiva de la eficacia material del derecho de participación política, contribuyan a superar la crisis de representación que afecta a la democracia brasileña. El primer bloque está dedicado al análisis de los diferentes artículos de la CF que delinean el modelo de representación política: el art. 14, § 3 y el art. 17, § 1. Dos son sus condicionantes principales: la obligatoriedad de afiliación al partido político para poder concurrir como candidato electoral y, paralelamente, la prohibición de instituir agrupaciones electorales o listas cívicas y el mandato constitucional por el cual los Estatutos han de contener normas relativas a la disciplina y fidelidad partidaria.

El legislador constituyente pretendió con estas medidas superar la inestabilidad característica de los partidos brasileños y la indeseable atomización de la *Câmara dos Deputados*. Restringir el pluralismo político y garantizar la fidelidad de los diputados a las siglas contribuiría al logro de la deseada gobernabilidad democrática. El análisis de los diferentes institutos jurídicos aquí anunciados busca comprobar la relación que puedan tener con la crisis de representación que afecta a la democracia brasileña. En este punto, es especialmente relevante analizar la repercusión que el fenómeno de la infidelidad partidaria tiene para la eficacia del derecho de participación representativa y la legitimidad de la composición de la *Câmara dos Deputados*. De los resultados obtenidos y, siguiendo la metodología comparativa, se propondrán medidas paliativas basadas en la política legislativa aplicada en España.

El sistema de listas electorales abiertas establecido en el CEb es igualmente puesto en entredicho por parte de la doctrina. La principal crítica vertida es la fragmentación interna y el incremento de la debilidad ideológica y programática de los partidos. De entre las diferentes propuestas de reforma política destaca, junto a la jurisprudencia del STF en favor del mandato de partido, la instauración de un sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas análogo al español. La línea que se propone en este punto pasa, contrariamente, por mantener el mandato representativo del art. 45 CF y el sistema electoral de listas abiertas. La praxis española de listas electorales y bloqueadas, como se ha visto, ha redundado en la desnaturalización del derecho de



sufragio representativo. El mandato de partido los haría co-titulares de un derecho exclusivamente ciudadano. La revitalización de la representación política pasa por la inclusión en la CF del principio de democracia interna y una reforma de la *lei dos partidos* que permita instaurar en los partidos procesos electivos reconocidamente democráticos.

El derecho de participación tiene igualmente una dimensión directa y semidirecta. Tanto el legislador constituyente como el ordinario establecieron restricciones procedimentales que desdibujan notablemente la función de este derecho. El análisis de los instrumentos de participación – plebiscito, referendo e iniciativa popular – y la propuesta de mejoras con base en el Derecho Comparado – español y latinoamericano – posibilitará aportar soluciones que revitalicen su contenido material.

El segundo bloque lo protagoniza el derecho de sufragio pasivo. La insuficiencia de la LC 64/90 en materia de inelegibilidad era apuntada como otra de las causas que reforzaban la crisis del sistema representativo. Una situación que ha experimentado un vuelco a raíz de las novedades introducidas por la LC 135/2010, la popularmente conocida como *lei da ficha limpa*. El análisis de las repercusiones que la publicación de este cuerpo legal tiene en el fortalecimiento de la representación política – poniendo coto a un histórico de abusos en el ejercicio del mandato electivo – es objetivo prioritario del último bloque del presente capítulo. Por último, y de forma análoga al capítulo precedente, se ofrece un recorrido descriptivo de los diferentes medios de garantía y restitución del derecho de participación política con el objeto de completar su régimen jurídico.

#### 4.1 LAS MODALIDADES DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL ART. 14 CF: notas generales.

En la parte final del capítulo II se hizo referencia a la condición de los derechos políticos como derechos fundamentales. Se advirtió igualmente que gozan en la estructura constitucional brasileña de una mayor densidad normativa, al disponer de un capítulo propio, el IV, bajo el título *Dos Direitos Políticos*, dentro del Título II dedicado a los *Direitos e Garantias Fundamentais*. El propósito del constituyente brasileño fue y

es, a tenor de la ubicación sistemática, inequívoco: situarlos como normas de legitimación del sistema democrático<sup>504</sup>.

El art. 14 CF contiene los elementos jurídicos definatorios de la participación democrática como derecho fundamental<sup>505</sup>. El art. 14, a diferencia del modelo español, no solo hace referencia a la participación representativa. También reconoce los institutos jurídicos propios de la democracia participativa. La participación representativa del art. 14 es el derecho a elegir representantes mediante sufragio universal, directo, secreto e igual en elecciones libres y competitivas en los diferentes ámbitos territoriales en que se estructura el Estado brasileño. La exacta comprensión de la dinámica de funcionamiento de la participación representativa requiere de una lectura sistemática del texto constitucional, en particular, de las directrices constitucionales referidas al sistema electoral y su desarrollo en el *Código Eleitoral* y la legislación complementaria.

La forma y sistema de gobierno definitivo fueron sometidos a plebiscito popular en abril de 1993 (art. 2º ADCT). Retrasar dicha decisión por espacio de casi 5 años buscó posibilitar la intervención serena y reflexiva de la sociedad civil en un tema de tamaña trascendencia para el futuro político de Brasil. La decisión debía contar con la mayor legitimidad social posible. El debate no se agotó en la elección del sistema y forma de gobierno. Se extendió a cuestiones interrelacionadas como el sistema electoral, el sistema de partidos y la Federación. (MELO, 2001, p. 86; GIUSTI TAVARES, 1998, pp. 27-8)

La elección plebiscitaria resultó en la adopción definitiva de la forma de gobierno republicana y el sistema de gobierno presidencialista. La decisión se asoció a la configuración final del sistema electoral y partidario ante la interdependencia funcional y estratégica de ambas. No obstante, no se aprovechó la experiencia plebiscitaria para debatir las posibilidades de reforma y mejora del sistema electoral y de partidos. Una de las críticas recurrentes decía a respecto de la segura

---

<sup>504</sup>Cf. Guedes, 2014, p. 659.

<sup>505</sup> La CF recoge otras fórmulas de participación en la gestión y control de la Administración Pública con innegables repercusiones en la efectivación de los derechos fundamentales. *Vid* art. 37 CF. Otras manifestaciones de la participación en los diferentes órdenes de la vida en sociedad pueden verse en los arts. 7, XI, 10, 11, 31, §3º, 74, §2º, 194, VII, 206, VI, 216, § 1º. En sentido similar, cf. Melo, 2001, p. 90-2.

disfuncionalidad de un sistema presidencial y representación proporcional con pluripartidismo en el Congreso. (GIUSTI TAVARES, 1998, p. 42)

Los arts. 44 a 46 CF regulan las notas elementales del sistema electoral del *Congresso Nacional* (en adelante, CN), órgano de naturaleza bicameral compuesto por la *Câmara dos Deputados* y el *Senado Federal*. El art. 45 regula la elección de los representantes de la *Câmara dos Deputados* mediante el sistema proporcional. El sistema, de listas abiertas, posibilita a los electores votar directamente al partido o al candidato individualmente considerado. La designación del candidato se produce una vez apurados el cociente electoral y el cociente partidario. El art. 46 disciplina la elección de los miembros del Senado mediante el sistema mayoritario. Los partidos designan un candidato para cada plaza del Estado, resultando elegido el candidato que obtuviese un mayor número de sufragios directos. (DIAS MENEZES DE ALMEIDA, 2014, pp. 996-9; OLIVEIRA COCUZZA, 2012, pp. 345-7)

Los arts. 77, § 2º, 3º regulan las notas definatorias del sistema electoral para la elección del Presidente de la República. El modelo elegido es el sistema mayoritario de doble turno. Será nombrado Presidente de la República el candidato que en la primera vuelta obtuviese la mayoría absoluta de los votos apurados, descontados los blancos y nulos. La exigencia de mayoría absoluta tiene por objeto otorgar mayor legitimidad al titular del Poder Ejecutivo. Como contrapartida, acentúa fuertemente la fuerza política del Ejecutivo y la tendencia de un sistema de por sí fuertemente personalista como el brasileño. La no obtención de mayoría absoluta motivará una segunda votación entre los 2 candidatos más votados pasados un máximo de 20 días tras la proclamación del resultado. En este caso, bastará la obtención de la mayoría de los votos válidamente emitidos. Por último, los arts. 27 a 29 CF regulan la elección de los cargos públicos en los ámbitos estatal y municipal.

Los institutos jurídicos de participación directa y semidirecta se encuentran regulados en los números I, II y III del art. 14 CF, aludiendo a plebiscito, referendo e iniciativa popular respectivamente. La comprensión de su régimen jurídico requiere acudir a otros dispositivos constitucionales. Comenzando por el plebiscito, el art. 18, § 3 CF considera obligatoria su convocatoria en los supuestos de incorporación, subdivisión o desmembramiento de Estados. Aprobada la medida por plebiscito, el propio dispositivo constitucional exige la edición de *lei complementar* por el CN. El art. 18, §

4 CF considera igualmente obligatoria su convocatoria para aquellos supuestos en que la población interesada autorice la creación, incorporación, fusión o desmembramiento de municipios. Se precisará igualmente la edición de *lei estadual* dentro de periodo determinado por *Lei Complementar Federal*. Con ello, se pretendió contener la proliferación excesiva de Municipios que, sin previsión establecida para su creación, venían multiplicándose sin mayor racionalidad y con enorme coste para la Federación. Una ley que, 12 años después de la aprobación de la EC n. 15/96, no ha sido aprobada y generando no pocos problemas. (DIAS MENEZES DE ALMEIDA, 2014, p. 705)

Un último supuesto de obligatoriedad era el propio del art. 2º de ADCT. En él se estableció la elección plebiscitaria de la forma y sistema de gobiernos definitivos. El art. 49, XV CF completa las disposiciones constitucionales estableciendo que su convocatoria es competencia del CN. El cierre de su régimen jurídico fue obra del legislador ordinario mediante la *lei 9.709, de 18 de novembro de 1998*.

El referendo, el otro instituto de participación directa con que cuenta la ciudadanía brasileña, es objeto de una regulación constitucional más genérica. Ni su contenido material ni su obligatoriedad de uso son recogidos en la norma constitucional. La única mención a su régimen jurídico en el texto de la CF es la atribución de la competencia exclusiva de autorización para su realización al CN (art. 49, inciso XV). La concreción de su régimen jurídico fue igualmente trabajo encomendado al legislador ordinario, quien “cumplió” el mandato constitucional regulándolo en el mismo cuerpo legal que el plebiscito, la antedicha *lei 9.709*. Una técnica legislativa que, dicho sea de paso, puede ser calificada cuanto menos de peculiar. Sobre este punto se incidirá posteriormente.

El último de los mecanismos de participación del art. 14 CF, la iniciativa popular, fue objeto de una regulación más densa. El art. 61 atribuye la capacidad de promover leyes a determinados miembros u órganos del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, entre los cuales se encuentran el propio STF y el *Procurador Geral da República*. El párrafo 2º capacita a la ciudadanía para activar la IP, si bien el art. 44 determina que el Poder Legislativo es ejercido por el Congresso Nacional. Una circunstancia que, como se verá, impide a la IP ser un modo alternativo de legislar (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 365).

El diseño constitucional y desarrollo legislativo de la participación política en la CF se ve afectado por determinados antecedentes históricos que, al igual que en el caso de la CE, condicionaron la funcionalidad real de los mecanismos de democracia participativa. La redemocratización en Brasil se produjo tras un periodo de 21 años de dictadura – 1964 a 1985 –. En este espacio temporal, el pluralismo partidario fue objeto de continuas restricciones que vinieron a acabar con su caricaturización como sistema pretendidamente bipartidista. La *lei 4.740*, de 15 de julio de 1965, restringió el sistema de partidos a aquellos que hubieran obtenido una representación parlamentaria de un mínimo de 12 diputados en las elecciones de 1962. Tan solo 5 partidos pasaron a tener representación parlamentaria. Tres meses más tarde, el *Ato Institucional nº 2* de 1965 decretó la prohibición de los partidos todavía existentes. En noviembre del mismo año, y a través del *Ato Complementar nº 4*, el gobierno dio paso a un bipartidismo ficticio protagonizado por el partido del Gobierno – ARENA – y el MDB, “partido de la oposición”. (ARAS, 2006, p. 178; BONAVIDES, 2010, pp. 529-30; MEZZAROBA, 2003, pp. 213 y ss; NOBRE, 2013a, p. 39; SICILIANO AIETA, 2006, pp. 111 y ss)

La intención era superar la fragmentación de intereses en el interior de los partidos, las disparidades regionales y crear algo así como una nación unitaria. Los resultados fueron bien diferentes, en el peor de los sentidos. En la dictadura militar rigió un sistema de partido único que imposibilitó por todos los medios la alternancia en el ejercicio del poder<sup>506</sup>. La casación de los mandatos de parlamentarios de la oposición sin apreciación judicial alguna o la desmedida aritmética representativa a alcanzar por posibles nuevas formaciones políticas son buena prueba de lo pernicioso del sistema<sup>507</sup>. En vez de producir un modelo partidario bipolar, la ingeniería electoral dictatorial produjo confederaciones de grupos políticos y/ o confederaciones de partidos, dando lugar a la coexistencia forzada de facciones no solo heteróclitas, sino adversarias. Una cultura política de fragmentación que persiste en la actualidad con los resultados por todos conocidos. (NOBRE, 2013a, p. 39)

---

<sup>506</sup> “El Golpe Militar de 1964 injurió las relaciones de representatividad entre electores y elegidos, masacrando al pueblo a través del poder de suspender los derechos políticos y representantes por casar mandatos electivos, sin la apreciación judicial de los respectivos actos”. (SICILIANO AIETA, 2006a, p. 32)

<sup>507</sup> El art. 149, VII, de la *lei 4.740/65* establecía que el funcionamiento del Partido debería atender un quórum del diez por ciento del electorado que hubiese votado en la última elección general para la Cámara de los Diputados, distribuidos en dos tercios de los Estados, con un mínimo del siete por ciento de los votos en cada uno de ellos, además del apoyo expreso del diez por ciento de los diputados federales, distribuidos en por lo menos un tercio de los Estados, y el diez por ciento de los Senadores.

La redemocratización del país pasaba por instituir un modelo democrático que garantizase la gobernabilidad del sistema. Se precisaba de unos partidos estables que controlasen la velocidad y profundidad de las múltiples demandas sociales de participación<sup>508</sup>. La prueba irrefutable de la primacía de la representación sobre la participación fue la tardanza – 10 años - y desidia con que el legislador dio forma al mandato constitucional de desarrollar los instrumentos propios de la democracia participativa. Un cuadro normativo que 25 años más tarde sigue adoleciendo de una regulación jurídica mínimamente satisfactoria. La anunciada democracia participativa de la CF de 1988 es poco más que un enunciado formal<sup>509</sup>. El derecho de participación política, más allá del sufragio activo, carece de la debida eficacia material. Un rasgo que lamentablemente comparte con la CE 1978.

El modelo representativo brasileño atraviesa, al igual que el modelo español, una profunda crisis institucional<sup>510</sup>. La resistencia de los partidos a ampliar los canales de participación los han colocado en el centro de las críticas a la disfuncionalidad de las instituciones legislativas, principalmente el CN<sup>511</sup>. Persiste hoy día una gran distancia entre el idealismo programático del texto constitucional y la realidad de una acción política dominada por unas minorías guiadas por sus propios intereses y contrarias a la prevalencia de la voluntad social<sup>512</sup>. De entre los principales problemas se apunta el acentuado corporativismo de la clase política; la fragilidad de los partidos políticos reflejada en el parlamento; la pérdida de significado de la representatividad ante el desprestigio de los parlamentos; y, por último, el transfuguismo político. (BONAVIDES, 2010, pp. 523-4; SICILIANO AIETA, 2006a, p. 123)

<sup>508</sup> Cf. Nobre, 2013a, pp. 10 y ss.

<sup>509</sup> Especialmente taxativo se muestra Bonavides (2008, p. 55) quien afirma que: “En el caso de Brasil, las “dictaduras constitucionales” y su clase legislativa servil hacen del pueblo de Rousseau y de la Revolución Francesa una quimera semántica, una columna de sustentación conservadora”.

<sup>510</sup> En sentido similar, cf. Nobre, 2013a, p. 9; Bonavides, 2010, pp. 523-4; Pereira de Araujo, 2004, pp. 128 y ss; Julios Campuzano, 1996, pp. 185 y ss; Araujo, 2011, pp. 209 y ss; Souza Sampaio, 2009, p. 137.

<sup>511</sup> “Cada vez más, los ciudadanos quieren participar en política en torno a cuestiones consideradas hasta entonces menores, locales, relacionadas directamente a su vida cotidiana. Para esos, así como para aquellos que hacen política a partir de la etnia, género o identidad religiosa, la estructura partidaria es inadecuada. La participación ocurre mediante movimientos que procuran institucionalizar canales de acceso alternativos al mundo de la política”. (PEREIRA DE ARAUJO, 2004, p. 129)

<sup>512</sup> En este sentido, Pinheiro Coelho (2008, p. 153) afirma: “Una visión retrospectiva de las últimas décadas demuestra que los partidos políticos, aunque hayan cumplido un papel relevante en la redemocratización, no acompañaron los avances y las conquistas de la sociedad. En el poder, se mostraron refractarios a la diversidad temática discutida por los movimientos sociales y frustraron expectativas en cuanto a los compromisos de campaña. Continuaron reproduciendo prácticas oligárquicas que contribuyeron para su distanciamiento con la sociedad”.

La insuficiente representatividad del sistema político brasileño ha sido uno de los factores responsables de las denominadas *Revueltas de junio de 2013*, término acuñado por el politólogo Marcos Nobre<sup>513</sup>. La ciudadanía, en un movimiento horizontal, apartidista e independiente del liderazgo gubernamental, viene mostrando su profunda frustración ante la “sordera” de las élites políticas para favorecer la efectivación de derechos sociales – salud y educación principalmente – e incrementar la participación en las estructuras de poder estatal. El objetivo último es la ruptura del blindaje de un sistema político fuertemente articulado contra la sociedad. (NOBRE, 2013; 2013a, pp. 7-8)

El presente capítulo comparte identidad de objetivos con su homólogo español. En primer lugar, tiene por objeto el análisis del diseño constitucional y desarrollo legislativo del modelo representativo brasileño. La finalidad última es la propuesta de reformas que contribuyan a equilibrar el binomio representación–participación. No se pretende la sustitución de la democracia representativa por un modelo de democracia exclusivamente directa. El objetivo es potenciar los instrumentos de democracia participativa, dando continuidad al mandato constitucional de hacer de la democracia brasileña un sistema formal y materialmente participativo<sup>514</sup>.

Determinar la vigencia y contenido material del derecho de participación política requiere, de la misma forma, analizar la vertiente pasiva del derecho de sufragio. En una primera aproximación, se comprueba que la regulación constitucional del derecho de sufragio pasivo es bien más detallada que en el modelo español. El constituyente brasileño no solo estableció un amplio catálogo de inelegibilidades en el art. 14 CF. El propio art. 14 § 9 CF contiene un mandato expreso dirigido al *legislador complementar* de aumentar los supuestos de inelegibilidad en busca de la protección de principios como la probidad administrativa y la moralidad requerida para el ejercicio de cargos públicos representativos. La intención es la de atajar un histórico de abusos de poder y corrupción en el ejercicio de los cargos públicos. Este mandato fue primeramente atendido en la LC 64/1990 y recientemente reformado mediante la LC

---

<sup>513</sup> Cf. Nobre, 2013a, p. 7.

<sup>514</sup> En este sentido, Paulo Bonavides (2010, p. 524) afirma: “Desde el punto de vista formal ya fueron abiertos, como se ve, en el constitucionalismo brasileño vigente las puertas al ingreso e introducción en el sistema participativo de medios bastante avanzados de democracia directa. Hay en la propia Constitución presupuestos cuya eficacia aplicativa va a depender largamente del sentido y la dirección que el proceso político tome en términos de armonía y correspondencia del Poder con la ciudadanía”.

135, de 4 de junio de 2010, conocida popularmente como la *lei da ficha limpa*. Las innegables repercusiones que este cuerpo legal tiene en la representación política brasileña ocuparán la segunda parte del presente capítulo.

#### 4.2. LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA EN LA CF 1988: notas introductorias.

El Estado democrático de derecho instituido en el art. 1 CF se articula preferentemente en base al mecanismo de la representación política. La acción política democrática, conducente a la plasmación de la voluntad general en ley, es función primordial de un cuerpo de representantes libremente elegidos por el Cuerpo Electoral, de acuerdo a otro principio capilar de la democracia brasileña anunciado en el art. 1: el pluralismo político. La válida configuración de las instancias representativas depende en última instancia de la existencia de libre competencia electoral partidista. La CF 1988 instaura una democracia representativa partidaria, como así se desprende de los arts. 45 y 46 CF. El art. 45 hace de la *Câmara dos Deputados* el órgano de representación del pueblo mediante el sistema electoral proporcional. El art. 46 hace del Senado la cámara de representación de los Estados y del Distrito Federal mediante el sistema electoral mayoritario.<sup>515</sup>

Una lectura detenida de los dos principios aquí enunciados, representación y pluralismo político, anuncia el actor principal en torno al cual gira el sistema representativo brasileño: los partidos políticos<sup>516</sup>. Su centralidad les hizo acreedores de un capítulo propio, el Cap. V, bajo el título de “Dos partidos políticos” y en el cual se regula *grosso modo* el *modus operandi* de las organizaciones partidarias. En este

---

<sup>515</sup> Una crítica especialmente virulenta de la democracia representativa brasileña es autoría de Vasconcelos (2011, p. 105), quien afirma que: “[...] la representación política (democracia representativa) no es una estructura científica, no es correcta para la sociedad humana y no tiene nada que ver con la democracia. Y en los países cuyas constituciones permiten la renovación de mandatos parlamentarios como en Brasil, la tendencia ha sido la formación de castas, la aprobación de leyes en causa propia, foros privilegiados, impunidades amplias, tráfico generalizado de influencia parlamentaria en todos los órganos, aumento creciente de empleo de dinero del pueblo para costeo de reelecciones y más favorecimientos”.

<sup>516</sup> En este sentido, Pereira de Araújo (2004, p. 125) afirma: “Rige en el Brasil el monopolio de los partidos sobre la representación política. La Constitución relaciona entre las condiciones de elegibilidad, en la forma de la ley, la afiliación partidaria, al lado de la nacionalidad brasileña, del pleno ejercicio de los derechos políticos, del alistamiento electoral, del domicilio electoral en la circunscripción y de los requisitos de edad. En la práctica, por tanto, son inelegibles, además de los inalistables y los analfabetos, todos los ciudadanos no afiliados a partidos políticos, o sea, la gran mayoría de la población brasileña”.



sentido, la metodología empleada por el legislador constituyente brasileño se antoja más coherente que el insuficiente artículo 6 CE.

Cualquier aproximación al modelo representativo brasileño debe partir de una lectura sistemática de los preceptos constitucionales que influyen en el ejercicio de los cargos representativos: los arts. 14, § 3º, V y 17, § 1 CF. El art. 14, § 3º, V establece la obligatoriedad de afiliación al partido político como *conditio sine qua non* para la concurrencia electoral. El art. 17, § 1 CF sanciona la obligación impuesta a los partidos de contener en sus estatutos normas de disciplina y fidelidad partidaria. Ambos artículos condicionan en grado sumo la relación entre los tres protagonistas de la representación política: Cuerpo Electoral, partidos y representantes<sup>517</sup>. Veamos en qué términos y con qué consecuencias.

#### **4. 2. 1 Representación política y afiliación partidaria. La imposibilidad de acceder a los cargos públicos representativos por vías alternativas a los partidos del art. 14, § 3º, V CF.**

El ejercicio de cualquier cargo público representativo se encuentra condicionado *ab initio* por la obligatoriedad, establecida en sede constitucional, de afiliación a un partido político<sup>518</sup>. El art. 87 del *Código Eleitoral* (en adelante, CEB) reproduce dicha obligación al establecer que “solo podrán concurrir a las elecciones candidatos registrados por partidos”. La indefinición temporal de la dicción constitucional fue acotada por intermediación del legislador democrático en la Lei nº 9.096/95, conocida como la *lei dos partidos políticos* (en adelante, LPP). El art. 18 del citado cuerpo legal fija con carácter general de un año el plazo de tiempo mínimo de afiliación para que el elector, siempre que se encuentre en plenitud de gozo de los derechos políticos, pueda concurrir como elegible. El art. 16 LPP reproduce el mandato constitucional de limitar la afiliación partidaria a aquellos que se encuentren en plenitud de sus derechos políticos. Dicho con otras palabras: es inválida la afiliación de aquellos

<sup>517</sup> En este sentido, Pereira Araujo (2004, p. 130) afirma: “[...] el monopolio abre la posibilidad de los partidos, mediante acuerdo explícito o implícito, impongan su voluntad frente a los electores, particularmente en lo que atañe al límite de divergencias consideradas legítimas por el sistema”.

<sup>518</sup> Vid. TSE – Consulta nº 1.425 – Rel. Caputo Bastos – j. 19.06.2007; Ac- TSE de 29.9.2010, Agr-Respe nº 224358.

ciudadanos cuyos derechos políticos se hallen restringidos. (ARAS, 2011, p. 15; GUEDES, 2014, p. 677)

El art. 9 de la *Lei das Eleições* (en adelante, LE) añade la exigencia de la aprobación efectiva por la dirección del partido con anterioridad de un año respecto de la contienda electoral de que se trate. No basta que el interesado haya cursado a la dirección la petición de ingreso en las filas partidistas. Es necesario acto expreso e inequívoco de aprobación por el órgano responsable del partido.

No obstante lo anterior, el art. 20 LPP otorga la posibilidad a los partidos de establecer por vía estatutaria plazos superiores al año con la única limitación de ser cambiados en año electoral. Cabe plantearse si el art. 20 LPP es inconstitucional al delegar en los partidos materia de reserva legal. En opinión de López Zilio, no cabe hablar de inconstitucionalidad por cuanto la propia CF establece tal posibilidad por vía legal. La LPP puede, por tanto, permitir el aumento, que no la disminución, de los plazos de filiación. (LÓPEZ ZILIO, 2013, p. 127)

La regulación constitucional y desarrollo legislativo otorga el monopolio de la representación política a los partidos desde sus momentos iniciales<sup>519</sup>. El legislador constituyente se encargó de evitar la competencia electoral que no sea la propia de los partidos dominantes. Es bien sabido que son intermediarios necesarios en las diferentes fases de la relación de representación. La racionalización de la oferta electoral, la configuración de la voluntad general y la formación del arco parlamentario definitivo son funciones preferencialmente desempeñadas por los partidos. Tales funciones les hacen merecedores de la condición de intermediarios genuinos entre la Sociedad y el Estado. *Ítem* más: no cabría hablar de representación política sin la acción de un sistema plural de partidos<sup>520</sup>. El límite y el riesgo radican en confundir la parte con el todo, haciendo depender exclusivamente el mecanismo de la representación política de la acción partidaria<sup>521</sup>.

Orides Mezzaroba considera que la obligatoriedad de afiliación busca cohibir prácticas contrarias al normal funcionamiento de la representatividad de los partidos

---

<sup>519</sup> Cf. Recurso Especial TSE n. 13.750, Rel. Min. José Eduardo Rangel de Alckmin, juzgado y publicado en sesión de 12-11-1996.

<sup>520</sup> En sentido similar, cf. Aras, 2006, p. 69; Romanelli da Silva, 2005, p. 378.

<sup>521</sup> En sentido similar, cf. Benevides, 2003, pp. 30-1.

políticos. Imponer un año de afiliación efectiva dificulta actitudes abusivas por parte de candidatos que únicamente se sirven de las leyendas para fines meramente electorales, sin asumir compromiso alguno con el aparato programático del partido. Una actitud especialmente indeseable en periodos pre-electorales. Se trataría, en definitiva, de dificultar el mercadeo de candidaturas electorales. (MEZAROBBA, 2003, p. 294)

Este fenómeno perjudica notablemente la legitimidad de las instituciones representativas. No obstante, discordamos de la solución dada por el legislador constituyente. Hacer de la obligatoriedad de afiliación condición de elegibilidad supone otorgar a los partidos el monopolio *ab initio* de la representación política, haciendo de ellos poco menos que fiduciarios de un derecho cuya prerrogativa de acción no ha de quedar circunscrita a los partidos. La deseada autenticidad de la representación política ha de lograrse cohibiendo las conductas indeseables mediante sanciones y restricciones de las prerrogativas parlamentarias, es decir, recortando el margen de acción parlamentario de aquellos candidatos ímprobos.

Imposibilitar de raíz la existencia de agrupaciones electorales o listas cívicas es una restricción desproporcionada de un derecho fundamental y del propio pluralismo político. La ciudadanía, eje sobre el que deben girar las instituciones democráticas, debe contar con la posibilidad de articular y promover la defensa de intereses y demandas sociales ausentes de la agenda política. Para tanto, debe contar con mecanismos eficientes de control de los partidos. Las listas cívicas y/o agrupaciones electorales favorecen la implicación de la ciudadanía con el sistema al tiempo que posibilita un cierto control de la acción partidaria. Mención aparte merece la ampliación del contenido efectivo del derecho de sufragio pasivo que tal medida conllevaría.

No hay como negar la necesidad de abrir el sistema representativo a otras vías de participación alternativas a los partidos. La democracia participativa tiene por protagonistas principales a los ciudadanos y sus derechos políticos. Los partidos deben volver a su condición de vehículos de transmisión entre la Sociedad y el Estado, de articuladores necesarios de la representación política, abandonando su condición de *dueños* del poder. El eje principal de la acción política ha de ser el ciudadano individualmente considerado y el Cuerpo Electoral en su conjunto. El ciudadano, ejerciendo el derecho de sufragio pasivo al margen del partido. El Cuerpo Electoral,

disponiendo de la posibilidad de votar a otras organizaciones con propuestas alternativas de representación.

Las listas cívicas o agrupaciones electorales son objeto de crítica por parte de la doctrina. Abrão entiende que permitir candidaturas independientes o la formación de agrupaciones electorales al margen de los partidos traería consigo una excesiva atomización del arco parlamentario. Ello imposibilitaría en extremo la representación y, en última instancia, dificultaría la propia existencia de democracia (ABRÃO, 2013, pp. 96-7).

La “indudable” parálisis que una hipotética apertura del sistema representativo traería consigo parece relegar a un segundo plano la evidente crisis del mecanismo de la representación política que afecta hoy día a la democracia brasileña, dando a entender que el actual funcionamiento de las instituciones representativas es satisfactorio. Las recientes *Revueltas de Junho de 2013* y las continuas manifestaciones que se vienen sucediendo en el inicio de 2014 desmienten categóricamente la pretendida normalidad institucional.

La crisis de representatividad que hoy día afecta a las instituciones representativas resulta compleja de disociar del instrumento y vehículo articulador de la acción y representación política: las élites políticas. El descarado monopolio que ostentan abre camino, sea a través de acuerdos explícitos o implícitos, a que impongan claramente su voluntad frente a los electores, con especial incidencia en los límites dialécticos a enfrentar y atender por el sistema político<sup>522</sup>. La lógica operacional comienza por el control del abanico de opciones, la limitación de los nombres y las listas a presentar al Cuerpo Electoral. De esta situación de control de los ciudadanos “aptos” para ejercer la representación se deriva un efecto colateral igualmente pernicioso: la imposibilidad de renovación de los representantes políticos en el tiempo adecuado y la nociva profesionalización de la política<sup>523</sup>. Estos problemas, reales y

---

<sup>522</sup>Sobre el blindaje del sistema político *vid.*, por todos, Nobre, 2013a. Sobre la crisis de la representación, *vid.* Bonavides, 2008, pp. 278 y ss.

<sup>523</sup> “La profesionalización incrementa la disciplina interna, dado que la obediencia debida se convierte en presupuesto de reelección, perdiendo el político profesional su independencia y autonomía en beneficio del dirigente del partido. Así, la profesionalización explica la resistencia al cambio de las élites, dado que su nivel de vida o su seguridad laboral pueden verse amenazados por reformas organizativas y estructurales. Es necesario reducir la profesionalización en los partidos para dar un mayor ámbito de participación a los afiliados”.

palpables, contribuyen notablemente al agravamiento de la crisis institucional del sistema representativo<sup>524</sup>. (PEREIRA ARAUJO, 2004, p. 130)

Otro de los argumentos comúnmente afirmados es la necesidad de fortalecer un sistema de partidos estructuralmente débil. La admisión de las listas cívicas en nada contribuiría a ello. Es este un argumento cuanto menos discutible. Si la ley pasase a no exigir la filiación partidaria a los candidatos, los afiliados únicamente interesados en hacer carrera electoral no precisarían permanecer en ellos. Con ello, las dinámicas de los conflictos internos pasarían a ser en mayor medida ideológicos y no tanto electorales. Los partidos serían ideológicamente más coherentes; la identificación con el electorado se vería beneficiada; y, por último, se reduciría el “tráfico” de políticos por los diferentes partidos. (PEREIRA DE ARAUJO, 2000, p.7)

Atajar la crisis de representación es un problema cuya magnitud y complejidad requiere adoptar medidas que, partiendo de la Norma Fundamental, se expanden al derecho electoral y al derecho de partidos. En lo que aquí interesa destacar, una reforma constitucional derogatoria de la exigencia de afiliación partidaria traería consigo indudables ventajas para la necesaria recomposición de la representación política. Fomentaría la apertura del sistema político al conjunto de la ciudadanía; posibilitaría la expresión y conquista de nuevas demandas sociales e identidades políticas no atendidas por el sistema político; reduciría los costos de la participación electoral, al tornarse autónoma de las exigencias y condicionantes de los partidos y los vaivenes de su burocracia; y, no menos importante, contribuiría a la consolidación de una cultura política democrática.

#### **4.2.2 Representación política, fidelidad y disciplina partidaria. La titularidad del mandato del art. 17, § 1, 44 y 55 CF.**

Es bien sabido que las instituciones políticas atraviesan una crisis de legitimidad con repercusión directa en el prestigio de la democracia como sistema de

---

<sup>524</sup> En sentido análogo, Cintra (2008, pp. 68-9) se pregunta sobre las “desastrosas” consecuencias que una reforma aperturista del sistema podría tener lo siguiente: “Los opositores de la reforma, entre nosotros, dicen: “Las consecuencias pueden ser catastróficas”. ¿Qué consecuencias tan catastróficas son esas, que pierden hasta con la confrontación con todas las imperfecciones del *status quo*? Al mismo tiempo, procuran ver los aspectos positivos de este, que se vuelve tolerable, cuando no hasta recomendable. [...]. Como ven las reformas con horror, han de buscar méritos en la situación actual y los acaban encontrando. Se dificulta la búsqueda de mejoras, en una actitud muy conservadora”.

gobierno<sup>525</sup>. La brecha existente hoy día entre representantes públicos y Sociedad requiere de reformas que permitan recuperar la funcionalidad y legitimidad institucional de la democracia representativa<sup>526</sup>. Complementariamente, la sociedad civil debe reforzar los modelos de organización fiscalizadores de la acción política ya implementados – como la *Plataforma dos Movimentos Sociais para a Reforma do Sistema Político* – para acabar con la situación de postergación, indecisión, aleatoriedad y oportunismo que preside cualquier intento de reforma política (BRUSSI, 2008, p. 109; PINHEIRO COELHO, 2008, p. 159; ENZWEILER, 2008, p. 117; RIBAS VIEIRA, 1997, p. 219; TORRENS, 2012, p. 149).

En este contexto de crisis institucional ocupa lugar preferente el mal de la infidelidad partidaria, considerado para algunos la *caja de Pandora* de las disfunciones del sistema político brasileño<sup>527</sup>. El origen de la infidelidad partidaria se encuentra en la aprobación de la EC n° 25 que, entre otras cuestiones, abolió el instituto de la fidelidad partidaria. Esta novedad permitió el reacomodamiento de las élites a mediados de la década de los 80, respuesta dada a una serie de factores coyunturales. La esclerosis de la dictadura ocasionó la fuga de diputados del Partido Democrático Social (PDS) y la consiguiente fundación del Partido de Frente Liberal (PFL). Otros acontecimientos, como el fracaso del Gobierno Sarney, dieron continuidad a una práctica que asumiría la condición de “natural” en el escenario político brasileño. El cálculo de intereses personales o la lógica política estatal de agregar pequeños grupos de congresistas pasarían a ser los factores principales de esta conducta. (MELO, 2002, pp. 209-10)

Melo proporciona una interpretación global sobre las causas que originaron el continuo baile de representantes en la *Câmara dos Deputados*. Para el citado autor, la

---

<sup>525</sup> Especialmente contundente se muestra Amaral (2001, p. 30), quien afirma que: “La democracia representativa no es una forma de gobierno popular, sino solo un conjunto de procedimientos de control sobre el gobierno, o de mera legitimación del poder mediante el proceso electoral, mediatizado por el poder económico, por el (abuso) del poder político y por la manipulación de la voluntad electoral por los medios de comunicación, cuestiones insolubles en la sociedad de masas”.

<sup>526</sup> En este sentido, Schmidt (2008, p. 53) afirma: “La sociedad brasileña está, hace mucho, viviendo una relación turbulenta con su cuerpo político representativo, especialmente en lo atinente a los impases y las denuncias que envuelven procedimientos sospechosos en la construcción de consensos y coaliciones que han permitido la gobernabilidad. Aún así, afectado por denuncias, procesos y casación de mandatos en el ámbito del Poder Legislativo, el país ha experimentado su más larga fase de estabilidad institucional en el periodo republicano”.

<sup>527</sup> Sobre los males del indeseado transfuguismo político, Mendes (2011, p. 793) afirma: “El transfuguismo o, en el lenguaje vulgar, el troca-troca de partidos, contamina todo el proceso democrático y corrompe el funcionamiento parlamentario de los partidos, con repercusiones negativas sobre el ejercicio del derecho de oposición, un derecho fundamental de los partidos políticos”.

infidelidad partidaria es consecuencia del imperativo de la supervivencia política en un escenario electoral que, como el brasileño, se caracteriza por su incertidumbre y la amplia libertad de movimientos partidarios. Esta realidad hizo que los representantes comenzasen a valorar la posibilidad de cambiar de partido durante el mandato electivo, tomando como variable central los costes y beneficios que tal medida tendría para su carrera política. De esta forma, mudar de partido se convirtió en una táctica habitual orientada a maximizar las posibilidades de éxito y permanencia en las instituciones legislativas. La migración de leyenda, dice el autor, es directamente proporcional a los recursos de poder obtenidos por el diputado: a mayores recursos, menores índices de migración y viceversa. Dicho con otras palabras: los diputados “emigrantes” lo hacen a aquellos partidos que les ofrecen más recursos en la lucha por la supervivencia política. (MELO, 2003, pp. 164; TEIXEIRA NUNES JUNIOR, 2014, p. 118)

Cualquier posible solución de este fenómeno, siempre parcial por los desdoblamientos que la materia tiene en otras áreas del Derecho, nos obliga a analizar primeramente qué modelo de mandato se instituyó en la CF: el representativo o el mandato de partido. Ello requiere de la interpretación sistemática de los artículos 17, § 1 CF, 45 y 55 CF. Igualmente, ha de analizarse la jurisprudencia del TSE y STF y las diferentes posiciones doctrinales al respecto.

El art. 17, § 1 CF trae consigo una novedad al reconocer, por primera vez en sede constitucional, la libertad y autonomía de los partidos en la configuración de su estructura interna<sup>528</sup>. La traducción inmediata es que los partidos cuentan con la capacidad de regular materias *interna corporis*. Una garantía de auto-normación y actuación condicionada a la satisfacción, en lo que aquí interesa destacar, de dos requisitos perentorios: el establecimiento de normas de disciplina y la fidelidad partidaria. Por mandato expreso del constituyente brasileño, la regulación de los actos disciplinarios de los parlamentarios y las consecuencias derivadas de su incumplimiento es materia de competencia estatutaria (CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL, 2004, p.4).

---

<sup>528</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 14) afirma: “El partido político, como forma de agremiación de un grupo social, se propone organizar, coordinar e instrumentar la voluntad popular con el fin de asumir el poder para realizar su programa de gobierno y se constituye por la asociación voluntaria de personas con vistas a alcanzar fines políticos comunes, debiendo estar protegido de la influencia del Estado, desde su creación hasta su extinción, amparado por los principios de libertad y autonomía partidarias”.

La Norma Fundamental, además de la disciplina partidaria, exige la concreción estatutaria de la infidelidad partidaria y su punición en los estatutos del partido. El sentido primario del citado artículo 17, § 1 CF no es otro que otorgar a los partidos, por primera vez y de forma incontestada, un ámbito de libertad y autoorganización indemne a la actuación intrusiva del Estado. El desarrollo de la materia se da en los arts. 23 a 26 de la LPP.

La pérdida del mandato únicamente es posible de acuerdo a los supuestos tasados en el art. 55 CF<sup>529</sup>. Ni el legislador ni los Estatutos, a riesgo de su inconstitucionalidad, pueden establecer la pérdida del mandato por infidelidad partidaria. Las sanciones máximas que los estatutos del partido y la ley contemplan son la expulsión de partido y la pérdida de la función que el parlamentario ejerza por delegación del partido en la respectiva Casa legislativa.

La fidelidad partidaria puede definirse como el cumplimiento de los compromisos y obligaciones contraídas con el programa de los partidos y sus dirigentes. El afiliado, que lo es por decisión libre y voluntaria, contrae un compromiso intelectual y de acción política con la filosofía del partido, la concepción que el mismo tenga de la sociedad y los métodos y medios que tengan para alcanzar tales propósitos. Tres son, en definitiva, los elementos que caracterizan tal instituto jurídico: a) La lealtad al partido y el cumplimiento de aquellos deberes que de la libre adhesión al mismo contraen los afiliados y, sobre todo, los representantes públicos; b) La observancia de los programas y objetivos de la organización; c) el acatamiento de las decisiones tomadas en las diferentes instancias de deliberación. (FARHART, 1996, p. 432; MELO, 1978, p.52; TEIXEIRA NUNES JUNIOR, 2014, p. 114)

La finalidad de la fidelidad partidaria es la manutención de la cohesión partidaria<sup>530</sup>. Un mínimo grado de cohesión interna y coherencia programática es

---

<sup>529</sup>Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

<sup>530</sup>Ranulfo Félix de Melo (2000, p. 227) define el concepto cohesión en los siguientes términos: “La idea de cohesión remite, [...], a la propia existencia del partido en cuanto institución. En estos términos, un partido será tanto más cohesionado cuanto mayor sea el consenso entre sus miembros en lo atinente al alcance de su importancia estratégica. Si para un número expresivo de diputados elegidos en una



indispensable para que el partido pueda cumplir sus objetivos políticos<sup>531</sup>. La total falta de compromiso del diputado con los principios doctrinales y programáticos del partido por el cual se eligió debilita a los partidos y trae consecuencias electorales negativas. Por otra parte, la fidelidad partidaria llevada al extremo viola la libertad de convicción y conciencia del representante. El parlamentario no puede convertirse en un mero autómatas, en una voz sin voluntad y únicamente autorizado a ser eco de las deliberaciones de unos órganos partidarios no siempre constituidos por titulares de mandatos provenientes del electorado. La pérdida del cargo debe estar condicionada a la comprobación de que el afiliado abandonó la leyenda sin motivación alguna. De lo contrario, se corre un serio riesgo de instituir una dictadura partidista y el dominio de los oligopolios políticos. (MERLIN CLÉVE, 1998, p. 26; FERNANDES BOVEIRO, 2008, p.40; REINER, 2001, p.6).

Para Aras, la fidelidad partidaria tiene en el ordenamiento brasileño carácter de valor social. Ha de ser preservado en favor del normal funcionamiento de las instituciones representativas. Los partidos están obligados a contener en sus estatutos normas regulatorias en favor de la fidelidad partidaria, bajo pena de no obtener registro por el TSE y ser desprovistos de capacidad electoral. La regulación de la pérdida del mandato del representante tráfuga es una cuestión de “derecho sancionatorio” de los partidos, resistente a toda intervención legislativa gracias a los principios de autonomía y libertad partidaria. (ARAS, 2006, p. 167; TEIXEIRA NUNES JUNIOR, 2014, p. 103)

El art. 45 CF, al establecer que la *Câmara dos Deputados* se compone de representantes del pueblo, expresa la noción de mandato representativo libre. Los elegidos están investidos de un poder de representación del pueblo como un todo. Tal idea presupone, no sin cierta dosis de voluntarismo, que el pueblo tiene el entendimiento de saberse hacer representar en el acto de la votación, ya que parece ignorar las presiones e influencias habidas durante ese proceso. (DIAS MENEZES DE ALMEIDA, 2014, pp. 997-8)

---

determinada legislatura el partido significa apenas y solamente un instrumento utilizado para la obtención del mandato, no poseyendo más importancia a partir de entonces, probablemente estaremos delante de una formación poco cohesionada. Los lazos de lealtad de sus miembros con el partido serán frágiles y el abandono de la leyenda será más fácil. Para el diputado que migra el partido abandonado es apenas una página pasada”.

<sup>531</sup> Sobre el grado de cohesión interna de los partidos brasileños, vid. Corbellini, 2003, pp. 247-64.

El último de los artículos de la CF que precisa ser comentado es el art. 55. El legislador constituyente estableció el elenco de conductas que acarrearán la pérdida del mandato parlamentario de diputados y senadores. Una decisión que, dicho sea de paso, compete a cualquiera de las Casas Legislativas con el respeto a las garantías del debido proceso legal. En lo que aquí interesa destacar, de entre las causas de pérdida del mandato, no se enumera la infidelidad partidaria. Un silencio que abre las puertas a diversas interpretaciones sobre la intención del legislador constituyente. Para Siciliano Aieta, el silencio constitucional a tal respecto no impide que la titularidad del mandato pertenezca al partido (SICILIANO AIETA, 2006, pp.131 y ss). Una posición compartida por Gilmar Mendes, para quien no existe contradicción entre el art. 55 y la regla de extinción del mandato, consecuencia lógica de la adopción del sistema electoral proporcional<sup>532</sup>.

En sentido contrario se pronuncia Orides Mezzaroba. Para el citado autor, la omisión constitucional posibilita la permanencia del mandato en manos del diputado infiel. El control sobre el mandato solo puede ser ejercido por los partidos de forma limitada. La sanción máxima será la expulsión del partido. El diputado expulsado del partido sigue conservando la titularidad del mandato. (MEZZAROBA, 2014, p. 697)

La jurisprudencia del STF y del TSE, en materia de fidelidad partidaria y pérdida de mandato electoral, ha seguido una línea calificada por amplia doctrina como claramente evolutiva, favorecedora de la democracia y de la vigencia material de los derechos políticos tras los pronunciamientos de 2007<sup>533</sup>. El STF entendió inicialmente que la infidelidad partidaria en modo alguno podía suponer la pérdida del mandato político otorgado al candidato<sup>534</sup>. La sanción máxima sería la expulsión del partido político del cual el tráfuga hacía parte. Este estado de cosas mudaría radicalmente tras un primer pronunciamiento del TSE de Marzo de 2007<sup>535</sup>.

La tesis sostenida por el Alto Tribunal Electoral se sustanció en un amplio abanico de argumentos, a saber: a) la pertenencia del mandato al diputado implicaría admitir que la soberanía popular sería trasladada al orden privado del diputado elegido, quien se volvería señor de la misma; b) el mandato es función pública en modo alguno

---

<sup>532</sup> Cf. Consulta 1.398 TSE.

<sup>533</sup> Cf. Mendes, 2011, p. 793; Aras, 2011, p. 17.

<sup>534</sup> Vid. MS 20.297/ DF, Rel. Min. Moreira Alves, juzgado en 11-10-1989.

<sup>535</sup> Vid. Consulta n. 1.398, Rel. Min. César Asfor Rocha.

compatible con pretensiones de cuño privado; c) la pérdida del mandato es consecuencia de un acto ilícito y no de sanción; d) la obtención de las caderas depende, esencialmente, de los votos dados a los partidos; e) la filiación partidaria es condición de elegibilidad; f) el vacío del partido por migraciones injustificadas debilita la representación política y el funcionamiento parlamentario; g) la migración parlamentaria conlleva infidelidad hacia el elector.

Una línea jurisprudencial reiterada de nuevo por el TSE apenas unos meses más tarde<sup>536</sup>. El STF haría suya esta línea hermenéutica en octubre de 2007, en un pronunciamiento calificado de histórico al reconsiderar su jurisprudencia anterior<sup>537</sup>. Para el máximo intérprete de la CF, el abandono de la formación política por la cual fue elegido acarrea con carácter general la pérdida del mandato parlamentario.

Siendo este el principio general el STF, de forma similar a como ya hiciera anteriormente el TSE (Consulta n. 1398, Resolução 22.526), introdujo excepciones a la pérdida del mandato cuando se probasen los siguientes supuestos: a) Un cambio injustificado en la línea programática del partido; b) Cuando el diputado fuese objeto de persecución abierta por el partido político; c) Otras situaciones análogas impeditivas del normal desarrollo de la función representativa por el diputado<sup>538</sup>. La comprobación de la veracidad de tales causas es competencia de la Justicia Electoral, bajo la lógica del debido proceso legal y aplicándose analógicamente el procedimiento de los arts. 3º y ss de la Lei Complementar n. 64/90.

La contundencia de los pronunciamientos del TSE y STF plantea diversos interrogantes jurídicos sobre la constitucionalidad de su actuación. ¿Creó el TSE una nueva hipótesis de pérdida de mandato no prevista en la CF? ¿O, por el contrario, simplemente se limitó a una interpretación sistemática sobre la base de principios constitucionales ya consagrados? Por último, ¿la actuación del TSE y STF constituye un caso de extralimitación de las funciones del *Poder Judiciário*?

<sup>536</sup> Vid. Consulta n. 1423, de Agosto de 2007, Rel. Min. José Delgado.

<sup>537</sup> Vid. Mandados de Segurança n. 26.602/DF (PPS), 26.603/DF (PSDB) y 26.604/DF (DEMOCRATAS), relatados por los Ministros Eros Grau, Celso de Mello y Carmen Lúcia, respectivamente.

<sup>538</sup> Vid. ADIS 3999 y 4086 de 12.11.2008.

Pronunciarnos sobre la corrección o inconstitucionalidad de la actuación del TSE y STF requiere previamente fijar el marco constitucional vigente de la fidelidad partidaria. El art. 44, como ya ha tenido ocasión de analizarse, establece el mandato representativo. La propia CF regula la pérdida del mandato en el art. 55. Entre las causas establecidas en el dispositivo constitucional no se contempla la infidelidad partidaria. En último lugar, el art. 15 CF prohíbe expresamente dicha punición al vedar la casación de derechos políticos, cuya pérdida o suspensión ocurrirá únicamente de concurrir las circunstancias establecidas en el mismo.

El TSE, es bien sabido, es competente para dictar actos normativos primarios o secundarios. Los primeros crean derecho, mientras los segundos se limitan a su reproducción. Las resoluciones del TSE tienen fuerza de ley ordinaria federal según se desprende del CEB y el art. 105 de la lei nº. 9.504/97. Es decir, no disponen de *status* constitucional. La inconstitucionalidad de la decisión del STE no se desprende de su carácter de legislador positivo, que la ley le otorga, sino de la invasión de materia reservada a la CF (art. 55), y que excede el ámbito competencial de la *lei ordinaria federal*. (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2008, p. 251)

La actuación de ambos Tribunales constituye, por tanto, un caso evidente de activismo judicial e invasión competencial. La función de legislar, máxime en materia sobre la cual opera expresa reserva constitucional, es competencia del *Poder Legislativo*. La inexistencia de norma constitucional u ordinaria que decrete la pérdida del mandato por infidelidad partidaria, con independencia de la posible omisión del legislador, no faculta al *Poder Judiciário* para actuar como instancia decisoria final. Su actuación constituye una clara violación de la armonía e independencia que ha de operar entre los poderes *Legislativo, Ejecutivo y Judiciário* instituidos en el art. 2º CF. (TEIXEIRA NUNES JUNIOR, 2014, p. 124)

El TSE, en la Resolução 26.610, disciplinó materia correspondiente al proceso civil electoral al: a) Instituir los ritos mediante los cuales los mandatos pueden ser casados; b) Atribuir competencias a la Justiça Eleitoral y al Ministério Público Eleitoral; c) Fijar plazos, determinar la legitimación activa; d) establecer hipótesis de justa causa. Como acertadamente pone de manifiesto Teixeira Nunes Junior (2014, p. 124) la actuación del Tribunal supone “[...] una nítida usurpación de poderes que son constitucionalmente reservados al Legislativo”.

Hasta aquí la polémica judicial. La discusión doctrinal en torno a la titularidad del mandato reproduce en líneas generales la jurisprudencia del STF y del TSE sobre la base de la siguiente interrogante: ¿El mandato corresponde al candidato electo o, por el contrario, ha de pertenecer al partido por el cual concurrió a las elecciones? La posición mayoritaria se pronuncia a favor de la titularidad del mandato por el partido político. Para Orides Mezzaroba, el espíritu del mandato de fidelidad partidaria estatutaria impone al representante la obligación de prestar cuenta de sus acciones única y exclusivamente al partido, bajo pena de ser sustituido en el ejercicio de la representación política (MEZZAROBA, 2010, pp. 52-3; 2014, p. 697).

Gilmar Mendes mantiene una postura favorable al mandato de partido, apoyándose en una lectura sistemática de la CF. Para el citado autor, la condición de elegibilidad de la afiliación partidaria por el art. 14, § 3º V y la participación del voto de leyenda en la elección del candidato, máxime teniendo en cuenta el sistema proporcional adoptado para las elecciones parlamentarias, hacen de la permanencia del representante en el partido *conditio sine qua non* para la manutención del mandato político. Las únicas excepciones a este principio general serían rupturas programáticas del partido, persecución política o situaciones similares. A estos argumentos, suma la mayor fuerza electoral del partido en la obtención de votos ya que, en raras ocasiones, el candidato individualmente considerado logra alcanzar el cociente electoral preciso para elegirse individualmente diputado. En la realidad política brasileña, la mudanza de leyenda constituye una clara violación a la voluntad del elector y un falseamiento del modelo de representación en la democracia de partidos. (MENDES, 2011, pp. 790 y ss)

En una línea similar se pronuncia Siciliano Aieta, para quien no hay duda alguna que la titularidad del mandato corresponde al partido político. La concretización constitucional de la fidelidad partidaria del art. 17, § 1 CF implica una decisión política de elección exegética en favor de la pérdida de mandato de aquel parlamentario infiel a su leyenda. La indeterminación del art. 55 CF, que nada dice sobre la pérdida de mandato por infidelidad partidaria, no imposibilitaría esta medida, siempre que fuesen resguardados los derechos de defensa del parlamentario tráfuga. El mandato político es una construcción colectiva de intereses que excede con mucho la mera iniciativa individual. (SICILIANO AIETA, 2006a, pp. 131 y ss)

Augusto Aras sustenta una posición análoga. El mandato es, ante todo, del partido según lo dispuesto en los arts. 17, § 1 CF c/c arts. 106 a 109 del CEB. La distribución de los escaños es realizada en primer lugar entre los partidos. Solo posteriormente aquellos los distribuirán entre los candidatos que obtuvieron un mejor desempeño electoral. Rara vez un candidato obtiene por sí solo el cociente electoral necesario para la obtención del escaño. Los escaños son conquistados por el esfuerzo de todos los candidatos – votos nominales y de la agremiación partidaria – y por el voto de leyenda. El abandono del partido constituye un grave perjuicio tanto para el partido político, debilitando su cuota de proporcionalidad, cuanto para la autenticidad del sistema representativo democrático. (ARAS, 2006, p. 164)

La jurisprudencia del STF, del TSE y la doctrina brasileña comparten magisterio sobre la solución al mal de la infidelidad partidaria. Como principio general, el diputado electo que abandona las filas del partido por el cual fue elegido debería perder el mandato político. Tal posicionamiento se justifica por la magnitud y espurio objetivo de los “bailes” de diputados. Los números hablan por sí solos. En 2002 y 2003, 37 diputados federales cambiaron de partido antes de la posesión en el mandato. En las elecciones de 2006, 195 diputados federales cambiaron de partido 395 veces<sup>539</sup>. El momento del cambio de sigla, tras la elección del candidato y en vísperas de la finalización de la legislatura dice mucho de la motivación de la infidelidad<sup>540</sup>. El “casuismo político”, fuertemente instalado en el sistema político brasileño, privilegia la obtención de beneficios exclusivamente personales para la figura del diputado. La infidelidad raramente obedece a la defensa de la representatividad del candidato frente a un cambio injustificado en la línea programática o ideológica del partido. Una lacra que constituye una clara violación de la voluntad del elector y de la representatividad que los partidos detentan. (ARAS, 2006, p. 167)

---

<sup>539</sup> Cf. Fleischer y Réis, 2009, p. 13; Cruxên Barros de Almeida Maciel, 2004, pp. 8-11; Melo, 2000, pp. 212-3

<sup>540</sup> En este sentido, Melo (2003, p. 214) afirma: “El primer año parece mostrarse momento propicio, tanto para un eventual reacomodo considerado necesario por el diputado en vista de los resultados electorales nacionales o estatales recientes, cuanto para la búsqueda de espacio en las leyendas teniendo en vista la realización, al año siguiente, de las elecciones para alcalde. El tercer año, a su vez, es el momento en que las posiciones deben ser definidas para la renovación de la propia Cámara de los Diputados. A partir de 1997, el padrón de los cambios se concentró todavía más, de forma que en los años de mayor movimiento, los cambios de leyenda se concentraron en los meses de enero y febrero tras los cuarenta días inmediatamente anteriores a la disputa de cada elección (incluyendo aquellas para las alcaldías)”.

La tradicional fragilidad de los partidos políticos complica aún más la adopción de posibles soluciones paliativas de la infidelidad partidaria<sup>541</sup>. Es comúnmente reseñada por la doctrina la inexistencia de solidez ideológica y programática en los partidos brasileños<sup>542</sup>. Incapaces de ofrecer principios doctrinarios sólidos y coherentes, estimulan la indiferencia del electorado. Una actitud que estimula la infidelidad partidaria por la falta de control de unas bases escasamente organizadas y un electorado despreocupado ante la infidelidad partidaria. El modelo de listas abiertas, en que el voto del elector considera en mayor medida la persona del candidato que el partido y el funcionamiento parlamentario vuelto hacia los partidos dificultan la relación de compromiso entre elector, representante y partido<sup>543</sup>. (ARAS, 2006, pp. 168 y ss; PINHEIRO MACHADO, 2008, p. 160)

Para Orides Mezzaroba, la tesis defendida por la jurisprudencia del STF es correcta desde el punto de vista teórico. La duda radica en que, en un sistema político fuertemente fraccionado como el brasileño, la aplicación de la fidelidad partidaria produzca el deseado resultado práctico de fortalecer la institución Partido Político. La fidelidad partidaria, dice el autor, está íntimamente vinculada con una concepción en que la organización política estatal se asienta sobre un Estado de partidos. En un Estado de partidos, la voluntad general estatal se construye en el interior de los órganos de dirección partidarios. El Legislativo queda relegado a un plano de armonización de las voluntades partidistas. No es este, sin embargo, el modelo estatal imperante en Brasil. El sistema político brasileño es un Estado con partidos, no un Estado de partidos. No cabe exigir fidelidad partidaria en un sistema donde los liderazgos individuales y/o las facciones partidarias se imponen claramente a la voluntad institucional. La fidelidad no sería al partido, sino a los dirigentes y/o facciones partidarias. ¿Quién acabaría beneficiándose con tal decisión? ¿El electorado, o los caciques de los partidos? No puede descartarse un resultado práctico que, en contra de lo previsto, redunde en el refuerzo de la ley de hierro de la oligarquía. (MEZZAROBA, 2014, p. 698)

---

<sup>541</sup> Sobre la fragmentación y volatilidad del sistema de partidos, cf. Giusti Tavares, 1998, pp. 136 y ss.

<sup>542</sup> Cf. Fleischer *et al.* 2005.

<sup>543</sup> En este sentido, Jobin (2008, p. 192) afirma: “Como el voto en Brasil es en el candidato, este se juega todo en la disputa electoral sin mencionar tan siquiera al partido. Eso es de tal forma cierto que fue necesaria una legislación para obligar a colocar en la propaganda electoral del candidato la leyenda del partido. Y cuando se obligó a colocar la leyenda, aparecía de forma minúscula”.

Hasta aquí el *estado de la ciencia* en materia de fidelidad partidaria. La magnitud del problema requiere plantear soluciones que contribuyan a reconducir esta situación a magnitudes aceptables siempre que obedezcan a causas razonables. La primera solución pasa por una reforma constitucional de los arts. 44 y 55 CF, incluyendo expresamente la pérdida del mandato político ante el abandono del partido. Esta medida haría de los partidos titulares expresos del mandato. En favor de esta solución se pronuncian aquellos que consideran que el modelo actual de representación se cimenta sobre unos partidos detentores de la representatividad real. El normal funcionamiento de las instancias representativas se debe en gran medida a la formación de unos Grupos Parlamentarios estables como proyección de unos partidos fuertes. Los diputados han de ser coherentes con la afiliación al partido, acatar las decisiones de los órganos deliberativos y ser fieles a las mismas.

El mandato de partido es causa directa de su función de agrupadores de voluntades ideológicamente afines que persiguen establecer un proyecto de acción de gobierno conocido por la sociedad a través del programa electoral. Los verdaderos candidatos son los partidos con sus programas. El eje de las relaciones partido-representante pasa a ser la disciplina y fidelidad partidaria. Los aparentes titulares del mandato, los representantes, deben subordinar su acción política a los dictados del partido. El mandato de partido permite, en definitiva, superar la ficción en que se basa el mandato representativo: el logro de la comunión de voluntades entre los intereses de electores y elegidos por un grupo de representantes desprovistos de cualquier ambición personal. (SICILIANO AIETA, 2006a, p.134)

El programa partidario es el elemento principal en que los electores basan su decisión. Es el epicentro de la relación partido-elector. Una afirmación fuertemente matizable. La práctica política viene demostrando que los programas electorales son indicadores de la línea de acción política del partido gobernante susceptibles de groseros desvíos. No pueden ser considerados en modo alguno “contratos” entre el Cuerpo Electoral y unos partidos de cuyo incumplimiento se deriven sanciones efectivas para estos últimos. El representante infiel al partido pierde su mandato. El partido infiel al electorado continúa en el ejercicio del poder hasta el siguiente pleito electoral. Resulta



ciertamente forzado sostener que la infidelidad es actitud exclusiva del diputado ante la normalidad con que los partidos incumplen hoy día los programas electorales<sup>544</sup>.

La hipotética primacía del programa electoral no permite en modo alguno afirmar la irrelevancia del candidato como criterio de decisión del electorado. Las campañas electorales son hoy día una fusión de ideología partidaria y marketing electoral. Su función principal es fabricar candidatos que resulten políticamente atractivos para el electorado. Los partidos seleccionan al frente de las listas a candidatos provistos de valores intangibles ante el riesgo de ser penalizados electoralmente.

La adopción expresa del *mandato ideológico o de partido* precisaría paralelamente del fortalecimiento de las estructuras internas de los partidos. La propuesta comúnmente admitida por la doctrina es la adopción del sistema de listas cerradas<sup>545</sup>. Los principales beneficiarios serían unos partidos políticos que pasarían a controlar la totalidad del proceso representativo. En primer lugar, fabricarían por sí mismos las listas electorales a presentar al Cuerpo Electoral. En segundo lugar, se convertirían en detentores patrimoniales de los cargos representativos. Las consecuencias más que probables serían, si nos valemos de la experiencia española de listas cerradas y bloqueadas, el refuerzo de las tendencias oligárquicas ya existentes en el interior de los partidos brasileños<sup>546</sup>.

Otorgarles la titularidad del mandato junto a un sistema de listas cerradas es dotar a las organizaciones partidarias de un poder cuasi irresistible. Los riesgos que el mandato de partido y las listas cerradas traen consigo son antagónicos con la necesaria revitalización de la representación política y el fortalecimiento de la relación entre electores y representantes<sup>547</sup>. La representación exige participación y bilateralidad.

---

<sup>544</sup> En este sentido, Siciliano Aieta (2006a, p. 140) formula las siguientes preguntas: “¿Quién es el infiel? ¿Solo el parlamentario que, fisiológicamente, cambia de partido tras la elección? ¿O, también, el partido que asume el poder y traiciona sus compromisos de campaña y su programa partidario? ¿Se podría decir que el parlamentario que mantiene la coherencia durante toda la trayectoria política y no muda su posicionamiento por el hecho de haber asumido el poder es infiel? ¿O la infiel es la agremiación partidaria que, en el ejercicio del poder, niega y desprecia los caminos ya recorridos?”

<sup>545</sup> Cf. Fleischer, 2008, p. 167; Cruxên Barros de Almeida Maciel, 2004, p. 13.

<sup>546</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 25) afirma: “[...] Es común la denuncia de existencia de desvío de conducta de dirigentes partidarios brasileños que, con el pretexto de aplicar el principio de Fidelidad, pasan a imponer su voluntad caprichosamente para la satisfacción de intereses personales contra la legítima manifestación del afiliado o la base partidaria”.

<sup>547</sup> En este sentido, Siciliano Aieta (2006, p. 2) afirma: “[...] sin la presencia actuante del representado en la formación de la toma de decisión política, o sea, sin la titularidad del poder político ejercida de hecho, directa o indirectamente, no hay Democracia. La aclamación jurídico-formal del *electo* no debe alejar al

Gobernantes y gobernados han de componer una unidad política mínimamente reconocible y funcional. El grado de apertura democrática de los sistemas de representación está directamente asociado al grado de consenso e interacción de los partícipes del pacto (BONAVIDES *apud* SICILIANO AIETA, 2006a, p. 17).

La línea de investigación aquí propuesta se centra en reforzar la relación de representación en un doble ámbito: elector-representante y partido-afiliado. Rechazamos el mandato de partido por las razones aducidas en el cap. III, sintetizadas en los párrafos precedentes. El mandato representativo, no exento de prácticas abusivas como la infidelidad partidaria, garantiza al mandatario un ámbito de libertad que se entiende imprescindible en el ejercicio de sus funciones parlamentares. Los partidos deben seguir ejerciendo sus funciones de intermediación electoral y representatividad sin disponer en modo alguno de la titularidad del mandato. Otorgar el mandato al partido sería tanto como subyugar los intereses de los electores a los propios del partido, propiciando un falseamiento de la representación aún más pernicioso que el derivado de la infidelidad partidaria, salvo que entendamos que la política es tan solo la lucha por el poder y los privilegios otorgados por la ocupación del Estado. Una conducta que, ideológicamente, poco o nada tiene que ver con la noción de Estado democrático (ORTEGA SANTIAGO, 2005, p. 67).

La deliberación parlamentaria e interna son funciones elementales en democracia. La construcción de la razón pública requiere de ambas. Tales premisas se ven amenazadas por el mandato de partido. La construcción jurisprudencial del mandato de partido ha dado lugar a inúmeros abusos por parte de los dirigentes de los partidos. Desde las elecciones de 2008 vienen dándose frecuentes casos de depuración de múltiples dirigentes o la exigencia para el mantenimiento del cargo representativo de conductas gravemente atentatorias contra las reglas partidarias o la propia agremiación (ARAS, 2011, p. 27).

La reconducción de la infidelidad partidaria y la revitalización de la representación política deben comenzar por la democratización interna de los partidos. Una reforma que requiere inexcusablemente de la intervención del legislador. Si nos detenemos en la lectura de la LPP, resulta evidente que poco o nada se dice sobre los

---

*elector* del proceso político. Por el contrario, una participación más efectiva de los ciudadanos posibilita minorar la incidencia de los *vicios en la representación*".

derechos de participación de los afiliados en los procesos electivos de los candidatos. La elección del constituyente de primar la libertad y autonomía partidaria condiciona la actitud del legislador en materia de democracia interna. La consecuencia inmediata es el entendimiento de la democracia interna como materia *interna corporis* de los partidos. Cualquier medida estatutaria en materia de democracia interna depende poco menos que de la buena voluntad de los partidos, con el límite lógico de la vulneración de los derechos fundamentales. Los resultados prácticos saltan a la vista: partidos fuertemente oligárquicos con una escasa intervención de las bases, una mínima rotación de los cargos dirigentes y una renovación testimonial de los candidatos electorales. Todo lo contrario a la organización y el ejercicio del poder en democracia.

Los partidos han de contar con un margen amplio de libertad y autonomía como asociaciones de naturaleza privada que son. Es el conjunto de las funciones que desempeñan, esenciales para la funcionalidad del sistema democrático, las que justifican la intervención legislativa. La libertad y autonomía partidaria deben permitir la intervención legislativa en materia de democracia interna. Garantizar *ope legis* un marco normativo mínimamente democrático en el interior de los partidos es tarea prioritaria. La apertura participativa y la democratización real del sistema político deben comenzar garantizándose legislativamente los derechos fundamentales de participación en el interior de los partidos políticos.

La ausencia regulatoria de procedimientos democráticos electivos en la LPP coloca en manos de los partidos la renovación de las élites políticas. El resultado es bien conocido: la marginación de los afiliados en favor de las tendencias oligárquicas y de cooptación en la renovación de los cargos públicos<sup>548</sup>. La representación política nace viciada en origen ante la desigualdad de oportunidades de las bases en los procesos electivos. Las decisiones internas, incluidas la renovación de las élites políticas, se concentran en manos de la cúpula dirigente<sup>549</sup>.

Afiliados y simpatizantes deben poder ejercer la *accountability interna* a través de los derechos de participación. Los beneficios tangibles no son menores. De una parte,

---

<sup>548</sup> Cf. Aras, 2011, pp. 27-8.

<sup>549</sup> En este sentido, Siciliano Aieta (2006a, p. 123) afirma: “[...] la coyuntura partidaria de la actualidad provoca, indudablemente, una concentración de poder en favor de sus líderes, notadamente en los partidos más disciplinados. De esta forma, la toma de decisión política, en el universo partidario, *en la práctica*, acaba por concretizarse en “*pocas manos*”.

se producirá a buen seguro el acercamiento entre candidatos y bases. De otra parte, unos partidos democráticos abiertos a la participación y transparentes incentivarán el acercamiento entre electores y representantes y estimularán la afiliación.

Los partidos tienen una indudable cuota de responsabilidad en la revitalización de la representación política. Fortalecer la democratización de los procesos internos es una medida irretrasable. Pero aquí no acaban las posibles iniciativas. El mal de la infidelidad partidaria es igualmente reconducible mediante la adopción de acuerdos por el conjunto de los partidos contra los tráfugas. En este sentido, el Pacto Antitransfuguismo firmado por los principales partidos políticos españoles es una medida exportable al sistema político brasileño. Consiste en dificultar el ejercicio de las prerrogativas y funciones de los parlamentarios tráfugas, teniendo como límite irresistible el contenido esencial de los derechos del parlamentario al ejercicio del cargo. El legislador español introdujo reformas restrictivas de los derechos económicos y prerrogativas de actuación de los diputados tráfugas. En un sistema como el brasileño, en el cual el diputado individual dispone de la capacidad de iniciativa legislativa y amplias prerrogativas económicas, la restricción legal de unas y otras en casos de infidelidad injustificada podría tener un efecto preventivo<sup>550</sup>.

El *Congresso Nacional* no puede seguir postergando la Reforma Política por más tiempo. La recuperación de la credibilidad en la representación política requiere de reformas legislativas que revitalicen la representación y la dinámica interna de los partidos<sup>551</sup>. La acción política debe orientarse hacia la construcción de un marco normativo que haga de la participación en las instituciones y en el interior de los partidos el eje del sistema democrático, superando las tendencias obstruccionistas orientadas hacia el mantenimiento del *status quo*<sup>552</sup>. Este es un paso indispensable en la concreción del principio fundamental de democracia participativa del art. 1 CF.

---

<sup>550</sup> Un análisis detallado de las atribuciones y responsabilidades del *Deputado Federal* puede verse en de Ribamar Barreiros Soares, 2011.

<sup>551</sup> En este sentido, Mesquita Benevides (1996, pp.24-5) afirma: “Esa desconfianza [en la representación] no afecta tan solo a los parlamentarios como también a las propias instituciones de la democracia representativa – los partidos y el Poder Legislativo. [...]. La población brasileña, hoy como ayer, no se siente “bien representada” en el Legislativo”.

<sup>552</sup> En sentido similar, Vitale Ramos (2007, p. 150) afirma: “La idea central es la de que, aunque la representación – y la reforma de sus mecanismos – sea un instrumento importante en la democracia moderna, la participación directa no puede ser restricta al momento del voto. Sin contar con un conjunto de instrumentos de participación popular directa, la representación se muestra insuficiente para realizar la democracia en su dimensión más profunda”.

#### 4.3 REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y LISTAS ELECTORALES: el modelo brasileño.

Es bien sabido que la elección de uno u otro sistema electoral produce notables efectos en la configuración, desarrollo y evolución del sistema de partidos<sup>553</sup>. Optar por un sistema proporcional prima la representación frente a la estabilidad gubernamental. El sistema de partidos tiende al pluripartidismo, circunstancia que posibilita la representación de las minorías. Sus detractores critican la muy probable atomización del Parlamento por el surgimiento de partidos de poca expresividad, con consecuencias negativas en la gobernabilidad del sistema. La opción por un sistema mayoritario prima la estabilidad gubernamental frente a la representación. El sistema de partidos tiende hacia un bipartidismo clásico – un partido conservador, un partido progresista –, con escaso margen para la irrupción de terceros partidos con posibilidades reales de gobernar. Los grandes perjudicados son las minorías, con poca o nula capacidad de influencia en el escenario político. (GIUSTI TAVARES, 1999, p. 64-5; ENZWEILER, 2008, pp. 118 y ss)

El sistema electoral brasileño es de carácter mixto<sup>554</sup>. La elección a la *Câmara dos Deputados*, *Assambleas Legislativas* y *Câmara dos Vereadores* sigue las pautas del modelo de representación proporcional de listas abiertas<sup>555</sup>. La CF, a diferencia de las elecciones mayoritarias, no define las líneas básicas del sistema proporcional. Es el CEB el que establece las pautas de su aplicación (arts. 106 y 107). La elección de los jefes del

---

<sup>553</sup> En sentido parcialmente contrario, Aragón Reyes (2008a, p. 149) afirma: “[...] la polémica acerca de cuál de los dos sistemas, el mayoritario o el proporcional, depara una «mejor» representación, me parece que debe relativizarse. De un lado, porque las razones de eficacia para el Gobierno democrático en las que suele apoyarse la defensa del sistema mayoritario no resultan contradichas en algunos sistemas proporcionales corregidos capaces también de deparar gobiernos estables; de otro, porque esa estabilidad depende también del sistema de partidos, que no siempre está vinculado al sistema electoral; y, en fin, porque un sistema mayoritario basado en pequeños distritos electorales uninominales no tiene por qué dificultar severamente la representación del pluralismo político”.

<sup>554</sup> Giusti Tavares (1998, p. 203) define el sistema electoral en los siguientes términos: “En las democracias constitucionales y representativas, sistemas electorales son conjuntos articulados y coherentes de reglas, de procedimientos y de mecanismos que convierten sufragios atribuidos por los electores a partidos y a candidatos en representantes u otros puestos electivos a ocupar por partidos y por candidatos”.

<sup>555</sup> Especialmente crítico con el sistema electoral vigente se muestra Enzweiler (2008, p. 116) quien afirma: “[...] adoptamos, inéditamente, un sistema de representación proporcional con voto uninominal en lista abierta de candidatos. Además, nuestra legislación electoral permite, con excesiva facilidad, la creación y registro de partidos políticos, llevando a su exageración la tesis de representación de todos los grupos sociales, estimulando la atomización en la representación del Legislativo, lo que tiende a dificultar la gobernabilidad y la creación de coaliciones, sobre todo en sistemas de gobiernos presidencialistas”.

Poder Ejecutivo de los entes federal, estatal y municipal y Senadores sigue el modelo de representación mayoritario de listas abiertas (arts. 28 y 32, § 2, 29, inciso II, 46 y 77, § 2 CF). Esta dualidad de sistemas ha motivado no pocas críticas por parte de la doctrina<sup>556</sup>. Siguiendo la metodología de este trabajo, el presente análisis se ceñirá al sistema electoral utilizado para las elecciones a la *Câmara dos Deputados*.

El sistema proporcional de listas abiertas a la *Câmara* ofrece dos opciones al elector: votar a un candidato o votar al partido. Los escaños obtenidos por los partidos o coaliciones son ocupados por los candidatos más votados de cada lista. Debe advertirse que en los casos de coaliciones los partidos funcionan como una sola lista. El voto de partido es contado únicamente a efectos de distribución de los escaños entre los partidos, sin efecto alguno para la distribución de los mismos entre los candidatos. (MARQUES TEIXIERA, 2004, p. 310; BÚRIGO, 2002, p. 178)

Parte de la doctrina, entre ellos Giusti Tavares, considera que la práctica de alianzas interpartidarias en elecciones legislativas proporcionales compromete seriamente la correspondencia entre la densidad de votos y la de representantes, objetivo esencial de la representación proporcional. Dicho con otras palabras: las coaliciones en elecciones proporcionales estimulan el sincretismo, la ambigüedad, equivocidad y la confusión tanto en el comportamiento de los partidos cuanto en la propia composición del Parlamento. Una distorsión que, dada la magnitud y gravedad con que se produce en Brasil, produce la sustitución del partido por la coalición con el resultado de que los escaños obtenidos no son distribuidos posteriormente entre los partidos que la constituyen y la magnitud de los votos obtenidos por cada uno de ellos, sino entre los diferentes candidatos que la componen, de manera decreciente de la votación obtenida por cada uno y haciendo total abstracción de los partidos. (GIUSTI TAVARES, 1999, p. 95)

Existen abundantes estudios empíricos sobre los efectos que el sistema de listas abiertas produce sobre el sistema de partidos brasileño. La afirmación más común es que centraliza la campaña en el candidato individualmente considerado. Al tiempo que éste dispone de gran autonomía personal en la organización de su campaña, los partidos disponen de una capacidad limitada de interferir y fiscalizar el procedimiento

---

<sup>556</sup> Cf. Konder Comparato, 1995, p. 5; Enzweiler, 2008, pp. 118-9; Nicolau, 2000, p. 743; Reis, 2013, p. 107.

electoral<sup>557</sup>. Entre sus limitados recursos, destaca el espacio de propaganda gratuito electoral para divulgar su propaganda partidaria, utilizado preferentemente para solicitar el voto del elector a las siglas partidarias en las elecciones proporcionales. (CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL, 2004, p. 13; NICOLAU, 2006, p. 699)

Una de las críticas de la doctrina, apuntada en el párrafo precedente, es el fuerte personalismo provocado por las listas abiertas. Un mal que, al debilitar las estructuras de por sí débiles de los partidos, distorsiona gravemente la representatividad política. Los candidatos tienen como preferencia la búsqueda de bases electorales específicas – categorías profesionales, grupos sociales, religiosos – que garanticen su reelección, ignorando otras demandas sociales. Los partidos, por su parte, se verían obligados a presentar a los electores un abanico de candidatos apto para cubrir los diferentes segmentos sociales. Lo determinante es la conquista de votos que permita obtener influencia en la *Câmara*. En un segundo plano quedarían las propuestas programáticas de los partidos, perdedores en esta situación de dependencia de los “conseguidores de votos”. (BASILE, 2010, p. 86; ENZWEILER, 2008, pp. 118-9; GIUSTI TAVARES, 1999, p. 98; KONDER COMPARATO, 1995, pp. 5-6; NICOLAU, 2002, pp. 223-5; 2006, pp. 698-9)

Otra crítica recurrente es la inestabilidad interna que las listas abiertas provocan al estimular la competición entre los miembros de un mismo partido. Los candidatos tienen como adversarios los miembros de su propio partido, no los de otras organizaciones. Ello fomenta la fragmentación ideológica del partido, donde cada uno prioriza la satisfacción de sus intereses personales frente a la línea programática de aquel. En contraste, suele apuntarse como virtud de las listas cerradas el que la competición se produzca entre los partidos. En Brasil, la competición entre los candidatos adquiere perfiles más acentuados ante el alto grado de incertidumbre propio de las elecciones a la *Câmara dos Deputados*, provocado por la existencia de un número de diputados muy superior en general al potencial electoral del partido y por la escasez de información que los propios candidatos tienen sobre el potencial del partido y sus

---

<sup>557</sup>En este sentido, Giusti Tavares (1999, p. 92) afirma: “El sistema de voto único transferible no favorece el desarrollo o consolidación de los lazos de identificación partidaria. Tiende, al contrario, a inhibirlo o desvanecerlo, pues en ese sistema electoral la interacción básica no es la de los electores y el partido a través de la mediación de los candidatos, sino simplemente de electores y candidatos. En él, las preferencias electorales se definen en torno a los candidatos, prescindiéndose de los partidos”.

compañeros de lista. (BÚRIGO, 2002, p.181; NICOLAU, 2006, p. 700; GIUSTI TAVARES, 1998, p. 53; 1999 p.100)

Estas variables, tenidas poco menos que por irrefutables, son susceptibles de matizaciones. En primer lugar, por la dificultad intrínseca de comprobar empíricamente el grado de competitividad entre los candidatos. Como afirman Cheibub Figueiredo y Limongi, en el sistema de listas abiertas la competición intrapartidaria no sustituye a la interpartidaria. La transferencia de los votos de la lista de un candidato a otro hace que cada voto obtenido por aquellos aumente las posibilidades de que los otros se reelijan. (CHEIBUB FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 309)

Igualmente se precisa saber, antes de validar el argumento negativo de la competitividad interna, como el sistema de listas afecta a los parlamentarios inmersos en procesos de reelección. ¿El candidato derrotado, lo es por su desempeño o por el de su partido como un todo? Los resultados empíricos del análisis de Katz no arrojan datos inequívocos. Una y otra causa – desempeño personal o de partido – son motivadoras de la pérdida del escaño por el diputado. La derrota es atribuida al partido cuando no hay renovación alguna de la lista presentada o bien cuando el partido no logra elección alguna. La derrota es atribuida al candidato cuando el partido renueva parcialmente la lista y éste no resulta elegido. (KATZ *apud* NICOLAU, 2006, p. 701).

Las propuestas de la doctrina a la disfuncionalidad del sistema electoral colocan el acento en diferentes aspectos interrelacionados entre sí. Para algunos, la solución estribaría en adoptar el modelo de voto distrital mixto vigente en Alemania. La mitad de los escaños correspondientes al Estado son distribuidos de acuerdo al sistema mayoritario. Se divide el Estado en tantos distritos electorales como escaños a repartir mayoritariamente. Cada partido concurre con un diputado, siendo nombrado el que obtenga un número mayor de votos. La otra mitad de los escaños en disputa corresponderán a listas cerradas y bloqueadas, es decir, sin posibilidad de intervención del electorado. El elector dispone de dos votos: uno al candidato de distrito, otro para el partido. Este sistema, según sus defensores, se apropia de las cualidades propias de los dos sistemas electorales matrices: la proximidad con el elector y la posibilidad de perfeccionar los mecanismos de control social sobre el mandatario y el incremento de la gobernabilidad característica del sistema mayoritario; el mantenimiento de la



representatividad y la visibilidad de las minorías propio del sistema proporcional. (ENZWEILER, 2008, p. 132-3; JOBIN, 1993, p. 200)

Esta opción es rechazada por autores como Basile. Los diputados tendrían, según el autor, los mismos incentivos para seguir gravitado alrededor del Ejecutivo, viéndose resentida la coherencia programática. Otro efecto pernicioso sería la más que probable oficialización de los corrales electorales y/o el clientelismo, hecho que supondría la total irrelevancia de la sigla partidaria. Otros autores resaltan la alta complejidad de su implementación, dificultándose la inteligibilidad del proceso electoral; la propia posibilidad de dar pie a la existencia de diputados con diferente estatus – los elegidos en el distrito o los elegidos en la lista –, pudiendo ser considerados los primeros Vereadores federales más conectados a las bases y Vereadores partidarios los segundos, con mayor vínculo hacia el partido. (ENZWEILER, 2008, pp. 132-3; BASILE, 2010, p.86)

Los defensores del voto distrital mixto alemán relativizan los posibles inconvenientes anteriormente apuntados al afirmar que el principal problema, superior en todo caso a la posible complicación del proceso electoral, se encuentra en la inexistencia hoy fuertemente percibida de toda conexión entre representante y elector, con efectos demoledores en la necesaria responsabilidad cívica de unos y otros. Del representante, por que se siente dueño del mandato y, por tanto, libre de todo compromiso con el elector. Del elector, por su dejación de funciones de control y petición de responsabilidades ya que en pocos casos recuerda siquiera a quien votó en las elecciones anteriores<sup>558</sup>. Igualmente, la crítica al surgimiento de la figura de Vereador federal es impropia al ser una figura hoy día existente, por cuanto la mayoría de los Diputados Federales limita sus actividades a la solicitud de pedidos provenientes de las *Prefeituras* y los liderazgos locales y la búsqueda de recursos públicos destinados a la base electoral territorial pertinente. (BÚRIGO, 2002, p. 184; CHEIBUB FIGUEIREDO; LIMONGI, 2002, p. 310; ENZWEILER, 2008, p. 133)

Para Konder Comparato, la solución es la introducción del sistema proporcional puro de listas cerradas en circunscripciones electorales de tamaño equivalente en todo el territorio nacional y sujeto a una cláusula de desempeño. Una

---

<sup>558</sup> Un análisis sobre la fiscalización de los representantes por los electores brasileños puede verse en Nicolau, 2002, pp. 225-32.

solución exportable a los Estados y Municipios. Con ello se pretende estimular la fidelidad partidaria al priorizar, en orden decreciente de la votación anterior, los candidatos originales, es decir, los elegidos por el propio partido. A continuación son colocados los candidatos que hubiesen mudado de leyenda tras la elección, respetando el orden de votación obtenido. (CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL, 2004, p. 13; KONDER COMPARATO, 1995, p. 10)

Una propuesta alternativa es la de Márlon Reis, denominada por el propio autor como *voto transparente*. Consiste en una votación doble para la composición del Parlamento en los diferentes entes territoriales de la Federación. En el primer turno, el elector vota en el partido de su preferencia. A mayor cantidad de votos obtenidos, mayor número de escaños recibe la leyenda. En el segundo turno, el elector define a los elegidos. Los candidatos son presentados por los partidos en una proporción de dos miembros para cada escaño a cubrir. En el primer turno, se estimula la votación en los programas electorales. En el segundo, los electores determinan los candidatos – elegidos mediante elecciones primarias – más idóneos para la defensa de tales bases programáticas. (REIS, 2013, 107-8)

Los efectos beneficiosos de este modelo son varios. El voto transparente obliga a los partidos a exponer claramente sus programas electorales. Ello contribuye a una mayor y mejor identificación ideológica entre elector y partido al diferenciar a unos partidos de otros. En segundo lugar, el elector sigue conservando la decisión sobre quiénes serán los elegidos. En el segundo turno, el voto es dado al candidato individualmente considerado. Un tercer efecto positivo, no menor, es la desaparición del denominado “efecto Tiririca”, pues los votos dados a cada candidato solo sirven para elegirlo a él, no pudiendo ser traspasados para otros. (REIS, 2013, pp. 108-9)

Las propuestas aquí vertidas, todas ellas dignas de consideración, no resolverán por sí solas los diversos males que afectan a la representación política. La doctrina apunta para otras disfunciones igualmente relevantes que deben ser resueltas. De entre ellas, destacan un presidencialismo de coalición que reduce el juego de contrapesos y balances entre los poderes Legislativo y Ejecutivo al reparto del presupuesto a cambio de apoyo parlamentario; la debilidad estructural e ideológica de los partidos, que hace de los candidatos el eje de las campañas electorales; la desmesurada influencia del poder económico en las elecciones, financiando a los candidatos y partidos en busca de

contrapartidas contractuales con la Administración; el modelo de financiación de los partidos, que favorece el clientelismo empresarial frente a la igualdad de oportunidades; las deficiencias en el reparto de competencias entre los poderes, con notables injerencias del Ejecutivo en el Legislativo, etc. (BASILE, 2010, pp. 77-89; CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL, 2004, p. 10-1; NOBRE, 2013a, 86 y ss; RÉIS, 2013, p. 109-11; SERVULO DA CUNHA, 1995, p. 12)

En lo que aquí interesa destacar, cada una de las posibles reformas discutidas – la idoneidad del sistema proporcional, del mayoritario, las listas abiertas o cerradas, las listas desbloqueadas, etc – presentan ventajas e inconvenientes, es decir, las hacen ser soluciones parciales a un problema multidisciplinar como el de la representación política. Esta circunstancia, que no ha de perderse de vista, refuerza la necesidad de atajar el problema de la crisis de representatividad en su origen: el interior de los partidos políticos. La democratización interna de los partidos, es decir, la apertura democrática de los procesos de selección internos es *conditio sine qua non* de la revitalización de la representación política<sup>559</sup>. Sin unos partidos mínimamente democráticos no cabe hablar seriamente de una representación política democrática. *Ítem más*: Tanto la participación intrapartidaria cuanto institucional de la ciudadanía, real e influyente, es la piedra angular de cualquier revitalización y profundización democrática que se pretenda llevar a cabo<sup>560</sup>. A la justificación de esta afirmación dedicaremos el resto del presente trabajo.

#### 4.4. LAS OPCIONES DE LA DEMOCRACIA SEMIDIRECTA Y DIRECTA: EL PLEBISCITO, EL REFERENDO Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR DEL ART. 14.

El art. 14 CF reconoce la participación directa en los asuntos públicos como expresión material de la filosofía participativa que recorre la Norma Fundamental<sup>561</sup>.

<sup>559</sup> En sentido similar, cf. Cruxên Barros de Almeida Maciel, 2004, p.13.

<sup>560</sup> En este sentido, Freidenberg (2006, p. 2) afirma: “Sin partidos transparentes, incluyentes y responsables ante sus miembros (y ante la sociedad), la distancia entre organizaciones partidistas y ciudadanos se incrementa. Por ello, un reto indispensable para mejorar el rendimiento de los sistemas democráticos está en mejorar el funcionamiento interno de los partidos y su manera de vincularse con las instituciones y con los ciudadanos”.

<sup>561</sup> Cf. arts. 194, VII; 198, III; 204, II; 206, VI y 227, § 7º. En sentido similar, cf. Pinto Lyra, 1999, pp.25 y ss; Novais de Macedo, 2008, pp. 188 y ss.

Plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular son los instrumentos jurídicos al alcance de la ciudadanía en su afán de interactuar y participar en la toma de decisiones políticas que afectan a la comunidad política. Su incorporación a la CF 1988 fue una conquista de la ciudadanía brasileña. El *Regimento da Assembléia Nacional Constituinte* permitía en el art. 24 la incorporación de enmiendas al texto constitucional desde que fueran suscritas por un mínimo de 30.000 electores en una lista organizada por tres o más entidades asociativas. La respuesta ciudadana fue contundente: 402.226 electores formularon la enmienda nº 21, una “enmienda popular” específicamente destinada a la incorporación a la CF de los instrumentos de participación popular. La presión popular forzó a las fuerzas conservadoras contrarias a la constitucionalización de la democracia participativa a incorporar al texto constitucional el plebiscito, el referendo y la iniciativa popular<sup>562</sup>. (AMARAL, 2001, pp. 57-8; MELO, 2001, pp. 87-8; PINTO LYRA, 1999, p. 23)

No es el art. 14 CF el único dedicado a la democracia participativa. Plebiscito, referendo e ILP son regulados con carácter general en otros dispositivos constitucionales. El art. 18 CF regula los diferentes supuestos de obligatoriedad del plebiscito; el art. 49, XV hace del CN el órgano competente para su convocatoria; el art. 2 ADCT estableció el Plebiscito para definir la forma y sistema de gobierno. El referendo es lacónicamente mencionado en el art. 49, XV en cuanto a la competencia exclusiva para su convocatoria por el CN. La ILP, por el contrario, fue objeto de una regulación constitucional más exhaustiva. El art. 61 CF define tanto los titulares cuanto el ámbito material y las restricciones que pesan sobre la misma.

Junto a las previsiones expresas en el texto constitucional, resultan ciertamente llamativos los silencios constitucionales en materia de participación popular. La CF, con su mutismo en el art. 60, no admitiría la posibilidad de referéndum constitucional – reforma, revisión o enmienda – al tiempo que excluiría materias constitucionales del ámbito de la iniciativa popular. Resulta aún más llamativa la falta de distinción entre plebiscito y referendo, la no caracterización de las consultas como obligatorias o facultativas – entendiéndose forzosamente facultativas – y, por último, su silencio sobre la vinculatoriedad del resultado de tales consultas. (MESQUITA BENEVIDES, 1996, pp. 130-1).

---

<sup>562</sup> Sobre los trabajos constituyentes en materia de participación, cf. Mesquita Benevides, 1996, pp. 123-8.

La genérica regulación constitucional de los mecanismos de democracia participativa no fue convenientemente complementada por el legislador democrático. La lei 9.709, de 18 de noviembre de 1998, editada tras ¡10 años! de la entrada en vigor de la CF 1988 instituyó un régimen jurídico claramente deficiente<sup>563</sup>. La reserva de ley instituida en el propio art. 14 CF no dio lugar a la edición de normas legales independientes para cada una de las modalidades de participación. En vez de clarificar el régimen jurídico de cada uno de los institutos contribuyó a incrementar la ya de por sí confusa regulación constitucional. La diferente naturaleza, contenido y ámbito material de plebiscito, referendo e ILP merecía un mejor desempeño del legislador<sup>564</sup>. En ello puede vislumbrarse toda una declaración de intenciones sobre las resistencias del sistema político a la necesaria apertura democrática.

Las nuevas relaciones entre Derecho y Democracia, derivadas de la constitucionalización de la democracia participativa exigen, una vez aceptada la consolidación formal del sistema político brasileño, respuestas jurídicas innovadoras que contribuyan a reestructurar las relaciones entre la representación democrática y los nuevos modos de ejercicios de la soberanía popular<sup>565</sup>. Se precisa urgentemente crear un espacio jurídico-público que posibilite la participación real, influyente y transformadora de la sociedad en la política<sup>566</sup>. Potenciar los instrumentos jurídicos de participación directa y semidirecta trae consigo varios beneficios: a) Combatir la alienación y la apatía política propias de la democracia liberal representativa; b) Corregir las tendencias oligárquicas y autoritarias de las élites; c) Minorar la influencia de los grupos de presión en las instancias de decisión estatal; d) Lograr una mayor legitimidad de las decisiones políticamente trascendentes; e) Potenciar la ligazón de la ciudadanía a la democracia

---

<sup>563</sup> En sentido análogo, Mesquita Benevides (*apud* Romanelli da Silva, 2005, p.348) afirma: “[*con la lei 9.709*] se perdió una buena oportunidad de ampliar los objetivos del sistema de democracia directa”. Espíndola (2011, pp.337-8) afirma: “Esa ley [en referencia a la lei 9.709/98] reguló muy insatisfactoriamente los institutos de democracia participativa [...]”.

<sup>564</sup> Cf. Melo, 2001, p. 123.

<sup>565</sup> En este sentido, Espíndola (2011, p. 341) afirma: “[...] la democracia participativa no niega ni debilita la democracia representativa. Ella la complementa y legitima. Se realiza por diversos instrumentos de manifestación semidirecta de la voluntad popular, en la producción de decisiones políticas generales en pro de la comunidad, a través de mecanismos decisorios como son, e.g., la iniciativa popular de leyes, de enmiendas constitucionales populares, el referendo, el plebiscito, la revocación de mandatos, el veto legislativo popular, entre los más conocidos y utilizados instrumentos de su práctica, registrados en la historia del constitucionalismo”. En sentido análogo, cf. Novais de Macedo, 2008, p. 191.

<sup>566</sup> Una crítica a las limitaciones a la participación en las instituciones democráticas brasileñas puede verse en Mamede, 1997, pp. 219 y ss.

fomentando la cultura política de la ciudadanía<sup>567</sup>; f) Fortalecer la *accountability* frente a los representantes. (ALTMAN, 2010, p. 11; MESQUITA BENEVIDES, 1996, p. 47)

#### 4.4.1 El Plebiscito en la CF y la Lei 9.709 de 18 de noviembre de 1998.

El término plebiscito trae origen de las palabras latinas *plebis* (plebe) y *sciscere* (decretar), dando lugar a la expresión *plebiscitum* (decreto del pueblo). En sus orígenes su obligatoriedad estaba restringida a la plebe. Posteriormente, ya en el siglo III a. C, se asimilaron a leyes y pasaron a tener naturaleza obligatoria para todos los ciudadanos. Con el pasar de los años (siglo I a.C) fue adquiriendo el perfil de instrumento de ratificación de las investiduras de líderes militares como Mario, Sila, Pompeyo o el propio Cesar, originando la popular expresión “cesarismo plebiscitario”. Caído en desuso, fue recuperado en la Modernidad por Napoleón Bonaparte. Fue en este tiempo cuando adquirió el sentido peyorativo asociado a las prácticas eminentemente autoritarias y populistas del *bonapartismo*. De instrumento democrático fue resituado como instrumento de legitimación de regímenes autoritarios (AGUIAR DE LUQUE, 1977, pp. 55-6; MESQUITA BENEVIDES, 1996, p. 34; MIRANDA, 2008, p. 151)

La historia constitucional brasileña muestra que el plebiscito ha sido un instrumento participativo con mayor presencia formal que uso propiamente dicho. Las Constituciones de 1891 y 1934 no lo mencionaban como forma de participación popular. La Carta Magna de 1937 incluía en su art. 187 la posible votación plebiscitaria del texto constitucional en la forma regulada por decreto del Presidente de la República. Igualmente, instituía en el art. 174, § 4 el plebiscito para la enmienda, modificación y reforma de la Constitución en dos supuestos: a) En el caso de ser rechazado proyecto de iniciativa del Presidente de la República; b) Cuando fuese aprobada por la *Câmara dos Deputados* aun con el rechazo del Presidente de la República. Fue la Constitución de 1946 el primer texto constitucional que lo reguló como instrumento participativo

---

<sup>567</sup>En sentido contrario, Alcántara Sáez y Marengi (2007, pp.12-3) describen los argumentos contra la participación directa en los siguientes términos: “[...] una percepción de las élites políticas como actores especializados, más talentosos y guiados por la virtud, con mayor información y conocimiento sobre los temas que importan y fundamentalmente sobre las consecuencias que tienen las diferentes políticas cuando son implementadas, descartaría la utilización de los mecanismos de participación directa porque considerarían que si bien los ciudadanos pueden tener algunas opiniones informadas sobre los asuntos que se plantean y pueden preferir ciertas políticas a otras, solo los políticos están capacitados para conocer cuáles son los resultados a los que ellas llevarían – que medios son apropiados para que fines, y de ahí derivar la decisión o acción–”.

obligatorio para los casos de incorporación, subdivisión o desmembramiento de Estados. La enmienda n° 4 a la Constitución de 1946 introdujo la figura del plebiscito para la definición del sistema de gobierno. Una vez realizado en 1963, pasó a ser letra muerta. Por último, la Constitución de 1967 se limitó a prescribirlo para la creación de municipios. Si bien es cierto que ganó presencia en varios textos constitucionales, la práctica constitucional no arroja demasiada luz sobre la naturaleza, contenido y límites del instituto plebiscitario. (AFFONSO, 1996, pp. 12-3; SGARBI, 1999, pp.105-7)

La definición del plebiscito es cuestión controvertida entre la doctrina brasileña. En sentido general es entendido como instrumento legítimo de participación popular en actos político-administrativos trascendentes en la organización del Estado. Es un instituto jurídico a través de la cual la ciudadanía autoriza o rechaza una medida concerniente a la estructura estatal o al funcionamiento del Gobierno. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 199; SGARBI, 1999, p.108).

No faltan voces contrarias al plebiscito entre la doctrina brasileña. José Álvaro Moisés lo define como degeneración del referendo en favor de la consolidación del poder de dirigentes populistas<sup>568</sup>. Lembo y Caggiano cuestionan su idoneidad al entender que la opción binaria por el SI o NO expresa situaciones subjetivamente antagónicas que inducen al elector a ofrecer la opción más favorable a los designios del régimen. (LEMBO y CAGGIANO, 2010, p. 878; MOISÉS, 1990, p. 100)

Para Silva, se diferencia del referendo en el momento decisorio. Mientras el referéndum ratifica un cuerpo legislativo ya aprobado por el Parlamento, el plebiscito busca decidir con carácter previo una cuestión política o institucional, es decir, con anterioridad a su formulación legislativa. Su objeto es autorizar la formulación de la medida en cuestión sometida a votación ciudadana. (SILVA, 2005, p. 142). En una línea similar se manifiesta Dallari, para quien consiste en una consulta previa a la opinión popular de cuyo resultado dependerá la adopción de la medida sometida a consulta. (DALLARI, 1991, p. 130)

---

<sup>568</sup> En este sentido, Mesquita Benevides (1996, p. 37) afirma: “En el medio político y jurídico francés, el plebiscito aparece como la deformación de la democracia, así como la demagogia es la perversión de la democracia. Por el plebiscito, los electores se pronunciarían a favor o contra un hombre, y no a favor o contra una propuesta, un proyecto, un problema”.

Lora Alarcón aboga por una mejor utilización del plebiscito como instituto de legitimación de decisiones políticas relevantes. En particular, señala las ventajas que podría tener en materias que como las económicas y sociales repercuten directamente en la calidad de vida de los ciudadanos. Tales asuntos, como los préstamos internacionales, son frecuentemente decididos a espaldas de la sociedad brasileña y podrían caer en el ámbito de las consultas populares. (LORA ALARCÓN, 2000, p. 167)

Entre la doctrina extranjera, para Jorge Miranda no cabe distinguir entre referendo y plebiscito, figuras jurídicamente sinónimas. Tratándose de instrumentos esencialmente democráticos, su uso histórico ha servido para legitimar regímenes de corte autoritario. Debe ser introducido únicamente en aquellos regímenes en los cuales exista un grado suficiente de solidez de las instituciones representativas. (MIRANDA, 2008, p. 149)

Para el prof. Canotilho, el plebiscito es un instrumento de democracia semidirecta, una manifestación popular que posibilita decidir sobre cuestiones políticas. En el caso de tratarse de aprobación o rechazo de norma legal – ley o Constitución –, el plebiscito se asimila al referendo. En aquel está presente, sin embargo, un momento decisorio ausente en el referendo. Es precisamente el carácter decisorio lo que individualiza al plebiscito. (CANOTILHO, 2012, p. 296)

En una tentativa de definir naturaleza y contenido del plebiscito, Mesquita Benevides centra su discurso en el ámbito material y momento procesal del plebiscito. En cuanto al primero, debe extenderse al conocimiento de la opinión ciudadana sobre cualquier materia de interés público con independencia de la naturaleza jurídica o no de la misma. El momento procesal de la convocatoria debería ser anterior a la edición de la medida. Uno y otro factor contribuyen a aclarar la confusión doctrinal entre referendo y plebiscito. (MESQUITA BENEVIDES, 1996, p.40)

Más allá de disquisiciones terminológicas, cabe afirmar que el plebiscito es un derecho político que otorga un poder decisorio a la ciudadanía en cuestiones elementales para la vida orgánica del Estado. Su contenido esencial no es otro que el pronunciamiento sobre la conveniencia o no de editar, en función del resultado, una norma legal. Es este el sentido en el que se pronuncia el legislador brasileño al definir en el art. 2 de la lei 9.709 el plebiscito como “consultas formuladas al pueblo para que



delibere sobre materia de acentuada relevancia de naturaleza constitucional, legal y administrativa”. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, pp. 199-200)

Las características definitorias del plebiscito son las siguientes: a) Acto extraordinario y excepcional; b) Susceptible de uso tanto en el orden interno como externo; c) Sobre medidas políticas y/o materias constitucionales; d) Referidas a la estructura esencial del Estado o de su gobierno para la modificación o manutención de las formas políticas. Es un pronunciamiento popular válido por sí mismo. En sentido lato, se extiende a la esfera de las decisiones legislativas en las que la mera voluntad popular sería suficiente para la aprobación legislativa sin necesidad de intervención por el Parlamento. Su ámbito material y momento procesal lo diferencia del referéndum. Mientras este está circunscrito únicamente a la ratificación de normas legales, el plebiscito no está sometido a límites expresos. (BONAVIDES, 2000, pp.288-9; MELO, 2001, p. 112)

Su régimen jurídico es definido con carácter general en la CF. El art. 14, I reconoce el plebiscito entre los institutos jurídicos de democracia participativa con que cuenta la ciudadanía brasileña. El art. 18 enumera los supuestos de convocatoria obligatoria atinentes a la modificación de la estructura territorial del Estado. El art. 18, § 3 lo impone para determinar la incorporación, subdivisión y desmembramiento de Estados. El art. 18, § 4 reproduce el contenido del apartado anterior en el ámbito municipal. En estos casos, ha de ser preservada la continuidad y unidad histórico-cultural del paisaje urbano de acuerdo a los requisitos establecidos en *lei complementar estadual*. El último supuesto de convocatoria obligatoria de plebiscito se encuentra en el art. 2 ADCT, realizado en abril de 1993 con los resultados ya conocidos.

La regulación de los arts. 18, § 3, 4 y art. 2 ADCT es perfectamente coherente con la finalidad de prever el pronunciamiento popular sobre cuestiones políticas – en este caso, la modificación de la estructura territorial del Estado – con innegables repercusiones para la vida de los ciudadanos. Una circunstancia que no excluye, de acuerdo a la definición contenida en el art. 2 de la lei 9.709, supuestos alternativos de convocatoria sobre otras materias<sup>569</sup>.

---

<sup>569</sup> En sentido similar, cf. Affonso, 1996, p. 19.

Cuestión diferente y polémica es la atribución que el constituyente hizo de la convocatoria del plebiscito en favor del CN con carácter exclusivo (art. 49, XV). Cabe a los diputados federales o a los senadores la prerrogativa de convocatoria de acuerdo al procedimiento pertinente<sup>570</sup>. Para Mesquita Benevides, la competencia exclusiva debe ceñirse a la deliberación sobre la autorización y convocatoria, circunstancia que no incluye implícitamente el derecho de iniciativa para la deliberación (MESQUITA BENEVIDES, 1996, pp.157-8).

El art. 3º de la lei 9.709 vino a concretar el art. 49, XV CF. La redacción literal dice así

Art. 3º. Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

Nos encontramos ante el dispositivo principal del régimen jurídico del plebiscito. Llama la atención el silencio del legislador a respecto de la legitimación popular para su convocatoria. Una interpretación literal del art. 49, XV y del propio art. 3º excluye la posibilidad de solicitar la convocatoria de plebiscito a través de iniciativa popular<sup>571</sup>. Una solución jurídica que contradice la fórmula de democracia participativa instaurada en el art. 1º CF, parágrafo único. Salvo que, claro está, se trate de una declaración meramente formal.

Comentario aparte merece la exigencia específica de Decreto Legislativo como marco legal materializador de la consulta popular. Con ello, el legislador dificultó la iniciativa, ya que el art. 109, § 2 del Reglamento Interno de la Cámara determina que los proyectos de decreto legislativo y de resolución pueden ser presentados por cualquier Diputado o Comisión siempre que no sean privativos de la Mesa u otro colegio específico. La ley creó un colegiado específico para este tipo de decreto, añadiendo otra dificultad a la utilización de los mecanismos de participación popular

<sup>570</sup> En este sentido, Melo (2001, p. 101) afirma: “Tal monopolio de poder, que salió victorioso con la regulación del plebiscito y referendo es una afronta al principio fundamental del Estado Democrático Participativo que se pretendió implementar durante los trabajos constituyentes. Es una paradoja”.

<sup>571</sup> De acuerdo con el Reglamento Interno de la Câmara dos Deputados (art. 109, II), se destinan los proyectos: I- de ley a regular las materias de competencia del Poder Legislativo con la sanción del Presidente de la República; II- de decreto legislativo a regular las materias de exclusiva competencia del Poder Legislativo, sin la sanción del Presidente de la República.

ante la inexistencia de iniciativas concurrentes, como en el caso de la proposición de iniciativa popular para proyectos de ley. (MELO, 2001, pp. 185-6)

La democracia participativa, no nos cansaremos de repetirlo, tiene por objeto potenciar la participación de la ciudadanía en las estructuras de decisión estatales, dotando de un plus de legitimidad a las instituciones y sirviendo de elemento de control adicional de la labor de los gobernantes<sup>572</sup>. La existencia de un intermediario imbuido de tal poder decisorio descaracteriza por completo la *ultima ratio* de los institutos de participación directa. Es del todo punto contradictorio con la democracia participativa el que sean los propios parlamentarios quienes decidan sobre la validez de la propia legitimidad representativa de la cual fueron investidos. Una medida que solo podrán tomar cuando inicien un proceso decisorio popular que, por su propia naturaleza, solo será perfecto cuando los órganos de representación carezcan de legitimidad para tomar medidas exigidas por la comunidad. (ESPÍNDOLA, 2011, p. 342)

Almino Affonso (1996, p. 20) niega la iniciativa popular para la convocatoria de plebiscito en los siguientes términos

¿Si el “decreto legislativo” es el instrumento adecuado para regular “las materias de exclusiva competencia del Poder Legislativo” (Reglamento Interno, art. 109, inciso II), como puede la ciudadanía intervenir en la convocatoria plebiscitaria? Puede hacerlo como petición, está claro: en el ejercicio de la presión social. Pero eso escapa a la normatividad a la cual nos dedicamos, buscando regular el art. 14, incisos I, II y III de la Constitución Federal”.

En sentido contrario se pronuncia Mesquita Benevides. La interpretación literal del verbo *convocar* afirma que su objeto es llamar o reunir. Quien convoca, en este caso el CN, es ejecutor de una voluntad mayor a la cual debe obedecer. De darse la iniciativa popular por la ciudadanía el *Congresso*, ejerciendo su competencia exclusiva para la convocatoria, se vería obligado a acatarla. (MESQUITA BENEVIDES, 1996, p. 163)

Melo coloca la cuestión principal en *a quien* otorga la CF la iniciativa de activar el plebiscito. La solución más adecuada a la democracia participativa implica otorgar a los electores la posibilidad de iniciar el proceso. No hay problema alguno en que el CN pueda activar el procedimiento. Lo inadmisibile es que lo haga exclusivamente, en detrimento de los ciudadanos. Igualmente, el quórum exigido debe

---

<sup>572</sup> En sentido similar, cf. Romanelli da Silva, 2005, p. 353.

ser proporcional, un factor de legitimación y aglutinación razonable. Dicha proporcionalidad debe trasladarse al quórum de aprobación. Ante la laguna legislativa debe realizarse una interpretación analógica con base en la regulación de la iniciativa popular y favorable al uso del plebiscito mediando la petición de un número determinado de electores, aun faltando adhesión de diputados o senadores. (MELO, 2001, p. 141)

Compartimos plenamente la interpretación *pro ciudadana* de Benevides y Melo. Los institutos de democracia directa dan forma al contenido del derecho fundamental de participación política, materialización del principio democrático del art. 1º, párrafo único, CF. La definición del ejercicio del derecho es competencia del legislador, actividad en la cual dispone de amplio margen de configuración. No es menos cierto que cualquier restricción ha de respetar el contenido del principio democrático. Tanto el art. 49, XV como el art. 3 de la lei 9.709 ignoraron por completo el principio democrático del art. 1 CF, párrafo único, complementado por el art. 14. ¿Puede seguir considerarse el plebiscito un derecho político con contenido real si la eficacia práctica del plebiscito depende completamente del juicio de valor o conveniencia del *Congresso*?

El principio democrático del art. 1 CF, párrafo único, se desdobra afirmando que el pueblo puede ejercer el poder de modo directo mediante los derechos del art. 14 CF. Cualquier norma jurídica debe ser configurada respetando su contenido. Que se sepa, el constituyente no estableció expresamente preeminencia de la representación sobre la democracia directa. Ni los representantes han de prevalecer sobre la ciudadanía ni hay norma alguna en la CF que sustente la interpretación restrictiva de los mecanismos de democracia directa. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, pp. 357-8)

La legislación actual otorga al CN la competencia exclusiva tanto para la convocatoria cuanto para la definición de las materias susceptibles de ser decididas mediante plebiscito. La determinación exacta de la fecha es competencia de la Justicia Eleitoral (art. 8º, I). Una circunstancia que no impide la celebración del mismo de acuerdo a la conveniencia de los patrocinadores. Nada dice respecto del contenido de la expresión “materia de acentuada relevancia”. El silencio legislativo sobre qué debe

entenderse por acentuada relevancia aumenta la discrecionalidad decisoria del Congresso<sup>573</sup>.

La exclusión de la iniciativa popular coloca en manos del CN el *quién, que, como y cuando* ha de convocarse el plebiscito. A la ciudadanía únicamente le resta acudir a votar, poco más. El plebiscito deja de ser un derecho político en manos de la ciudadanía al depender su uso de la discrecionalidad y conveniencia de las Cámaras Legislativas nacionales. El legislador debería haber hecho una interpretación diferente del art. 49, XV CF, posibilitando la realización de plebiscito atendidas determinadas condiciones formales, al estilo de la iniciativa popular. El papel del CN debería haberse restringido a la verificación del cumplimiento de los requisitos formalmente exigidos por el legislador. Esa hubiera sido la interpretación más adecuada a la efectivación del principio de democracia participativa. (MELO, 2001, p. 100-1; ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 358)

El legislador constituyente, al reconocer mecanismos de democracia directa, lo hizo con la intención de que los ciudadanos tuvieran la posibilidad de ejercer directamente un ámbito de poder no dependiente de la voluntad de los representantes. El resultado de la legislación actual convierte en *papel mojado* el modelo de democracia participativa instaurado por el legislador primario en el art. 1, parágrafo único, CF. Mientras los ciudadanos no puedan solicitar la realización de plebiscito, el art. 14 CF I se verá reducido a poco más que pura retórica constitucional. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 359; MELO, 2001, p. 102)

La revitalización del plebiscito depende inexcusablemente de su reconfiguración constitucional y legal como derecho político de titularidad materialmente ciudadana. Un cambio que precisa de la derogación vía enmienda constitucional de la competencia exclusiva del CN del art. 49, inciso XV. La nueva regulación ha de otorgar expresamente la iniciativa ciudadana en materia plebiscitaria. Realizada esta reforma inicial, se precisa mejorar el exiguo régimen jurídico de la lei 9.709/98 en los siguientes apartados: a) Concretar el contenido de la expresión

---

<sup>573</sup>En este sentido, Melo (2001, p. 133) afirma: “Lamentablemente, la redacción del art. 3 de la Lei n. 9.709/98 no deja mucha duda de que es el Congresso Nacional, con exclusividad, quien ejercerá esa competencia, contrariando la finalidad del propio instituto, que es el aumento de la participación directa en el poder. O sea, son los electores quienes deberían ejercer ese juicio, que sería expreso por un determinado número de firmas, que demostraría la relevancia de la materia para la población”.

“materias de acentuada trascendencia”, otorgando una mayor seguridad jurídica sobre que materias están contenidas en dicha expresión; b) Fijar requisitos procedimentales – numéricos y temporales – proporcionales que posibiliten realmente el uso del plebiscito; c) Afirmar expresamente la vinculatoriedad de las decisiones adoptadas por vía plebiscitaria.

#### **4.4.2 El referendo en la CF y la Lei 9.709 de 18 de noviembre de 1998.**

La indeterminación del régimen jurídico del plebiscito se reproduce respecto del otro instrumento de participación directa establecido en el art. 14, II CF: el referendo. Dado que el referendo ya ha sido objeto de disquisición conceptual en otro apartado nos limitaremos a dar una sucinta descripción conceptual según el entendimiento de la doctrina mayoritaria brasileña<sup>574</sup>. Dos son sus notas elementales: a) Ser un derecho político posibilitador del ejercicio directo de la soberanía popular por la ciudadanía; b) Que permite expresar y/o imponer su voluntad al Estado. Al decidir la autorización o rechazo del acto normativo cuestionado los ciudadanos expresan y/o sobreponen su voluntad a la de los poderes constituidos. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, pp. 360-1)

Mesquita Benevides define el referendo como un modo de expresión de la voluntad ciudadana – a través de votación libre y secreta – acerca de una medida ya adoptada por los poderes constituidos. Su ámbito de expresión es tanto nacional cuanto local (MESQUITA BENEVIDES, 1996, p. 34). Silva coloca el acento en la facultad que la voluntad popular tiene de aprobar o rechazar definitivamente proyectos normativos ya anteriormente aprobados en sede parlamentaria una vez atendidos, ante el silencio constitucional, determinados requisitos procedimentales cuya fijación es competencia del CN (SILVA, 2005, p. 142).

Mendes define el referendo como consulta posterior a determinada decisión o acto gubernamental, dotada de *eficacia suspensiva o resolutive* según sea respectivamente aprobada o rechazada (MENDES, 2011, p.766). La diferencia con respecto al plebiscito se centra en el momento de su realización. Abreu Dallari define el referendo como consulta a la opinión pública para la introducción de enmienda

---

<sup>574</sup> Cf. cap. III, 5.1. Notas generales del referéndum.

constitucional o ley ordinaria que afecte a un interés público relevante (ABREU DALLARI, 1991, p. 115).

Para Sgarbi, son dos los criterios que merecen ser destacados en la clarificación de su naturaleza: el criterio *temporal* y el de los *efectos*. El criterio temporal se resume en la afirmación de que el referendo ha de ser siempre convocado una vez editado el acto normativo correspondiente con la finalidad de confirmarlo o rechazarlo, tanto en el plano constitucional o infraconstitucional. El criterio de los efectos otorgaría al referendo un carácter siempre vinculante. Caso contrario, sería identificado con el plebiscito. El principal objeto del referendo se circunscribe a la determinación de la suerte de la norma *lato sensu* concretamente dispuesta, sea por proposición, sea en su plano de vigencia. (SGARBI, 1999, pp. 140 y ss)

La CF no se hizo excesivo eco de los aportes doctrinales que permiten diferenciar al referendo del plebiscito. Puede afirmarse que el legislador constituyente fue aun más parco en relación a las notas constitutivas del referendo. Aparte de la mención en el art. 14, II CF, el único dispositivo constitucional es el art. 49, XV. El objeto de este artículo no es otro que dejar en manos del CN la articulación factual de uno y otro instrumento. En el caso del referendo el art. 49, XV habla de *convocatoria*. Nada dijo el legislador constituyente sobre el ámbito material e *iter* procesal del mismo. Un silencio que nos conduce nuevamente al análisis del régimen jurídico establecido en los arts. 2, 3, 10, 11 y 12 de la *lei* 9.709/98.

El art. 2 de la ley define el referendo como “consulta formulada al pueblo para que delibere sobre materia de acentuada relevancia constitucional, legislativa o administrativa”. De nuevo aparece la muy ambigua expresión *materia de acentuada relevancia*. La vacuidad de esta expresión trae consigo determinadas preguntas: ¿qué debe entenderse por materia de acentuada relevancia? ¿Quién determina que es o no relevante? ¿Puede hablarse de materia constitucional que no sea de especial relevancia? En una primera aproximación, se entiende por tal expresión el sometimiento al electorado de opciones políticas básicas en la vida comunitaria que requerirán posteriormente y de acuerdo al sentido de la votación medidas de gobierno y/o legislativas<sup>575</sup>.

---

<sup>575</sup> Cf. Mesquita Benevides, 1996, p. 137.

No deja de resultar llamativo que esta expresión se reproduzca en los textos constitucionales de otros países que como Grecia (art.2) o Portugal (art. 118) comparten el dudoso honor de tener una escasa tradición democrática<sup>576</sup>. Volviendo al contenido del art. 2, el objetivo de la inconcreción conceptual de la expresión *materias de acentuada relevancia* es dotar a los representantes de un amplio margen de libertad decisoria. La existencia de controles externos *ope legis* reduciría la discrecionalidad de los representantes de las Cámaras.

Hasta aquí ninguna diferencia con respecto al plebiscito. Es el § 2º del art. 2 el que nos permite diferenciar ambos instrumentos en base al criterio temporal. Mientras el plebiscito es convocado con anterioridad a la edición de la norma, el referéndum siempre es convocado una vez editada ésta. Dicho con otros términos: para el legislador es el momento de la consulta el que permite claramente individualizar al referendo del plebiscito.

Sobre el ámbito material del referendo, el legislador ordinario fue tan generoso como ambiguo al permitirlo – al menos formalmente – sobre cualquier materia constitucional, legislativa o administrativa (art 2). Una generosidad que no se reproduce en relación a la obligatoriedad de convocatoria. No hay supuesto constitucional alguno que precise obligatoriamente de la autorización refrendaria por la ciudadanía. Tal prerrogativa está en manos del CN, quien decidirá *qué, cómo y cuándo* procede la autorización de referendo (art. 49, XV). La inexistencia de referéndum obligatorio, ni tan siquiera para aquellos supuestos de reforma constitucional especialmente relevantes, debilita en gran medida la eficacia real del referéndum como instrumento de participación directa.

El referendo puede tener carácter facultativo o bien obligatorio. De una u otra configuración se deducen grados de obligatoriedad jurídicamente diversos para los poderes públicos. En este sentido, el legislador despejó cualquier duda al atribuirle expresamente carácter vinculante (art. 2, § 2º). Sobre la exigencia de Decreto

---

<sup>576</sup> Cf. Mesquita Benevides, 1996, p. 136.



Legislativo del art. 3º nos remitimos a lo ya opinado en el apartado relativo al Plebiscito.

El art. 8 de la ley, al conceder determinadas prerrogativas a la *Justiça Eleitoral*, contiene tres garantías que equilibran mínimamente el monopolio del CN en su articulación. El art. 8, I le otorga la competencia para fijar la fecha exacta de la consulta popular. Esta circunstancia dificulta parcialmente su utilización interesada aprovechando una determinada coyuntura política favorable al gobierno. El art. 8, III faculta a la *Justiça Eleitoral* para expedir instrucciones que ayuden a la comprensión del procedimiento referendario. Por último, el art. 8, IV protege el pluralismo informativo al reconocer el acceso gratuito a los medios de comunicación de organizaciones suprapartidarias procedentes del mundo civil. Uno de los déficits del referéndum consultivo español era la absoluta monopolización de las campañas informativas por los partidos. Una circunstancia que imposibilitaba en la práctica la defensa de otras posiciones aparte de las alineadas con las fuerzas políticas mayoritarias. Este hecho, en principio, no se produce en la regulación brasileña.

Otra de las cuestiones controvertidas en relación al referéndum es el *quórum* exigido para su aprobación o rechazo (art.10). La doctrina viene discutiendo largo tiempo sobre la amplitud de la mayoría a exigir. Una mayoría simple supone desproteger a las minorías ante la condición de “suma cero” que tiene el mecanismo del referéndum. Una mayoría reforzada puede restar eficacia al referendo al imponer condiciones prácticamente inalcanzables. El legislador ha optado por el criterio común en democracia: la mayoría simple para la aprobación o rechazo de la propuesta.

El art. 11 alude a la dinámica procesal del referendo. Una vez autorizado por el CN debe ser convocado en el plazo máximo de 30 días tras la promulgación de ley o edición del acto normativo. Este plazo se antoja excesivamente corto para posibilitar campañas informativas mínimamente eficaces. La regulación del legislador en los arts. 8 y 11 es altamente contradictoria. Por un lado, se reconoce el necesario pluralismo informativo. Por otro, se limita a un periodo de un mes. La búsqueda de la certeza jurídica no debe lastrar el necesario debate público de la sociedad civil. Máxime en cuestiones de acentuada relevancia que precisan por su propia naturaleza de mayor reflexión.

El art. 12 de la lei 9.709/98 delega la determinación de los pormenores procedimentales al *Regimento Comum do Congresso Nacional*. Una lectura del mismo revela que no hay regla alguna a día de hoy.

El régimen jurídico del referendo de la lei 9.709/98 impide alentar cierto optimismo sobre su funcionalidad real como mecanismo de empoderamiento de la ciudadanía y elemento de control adicional de los representantes. El fin del cuerpo legal es diáfano: reforzar la posición de dominio y control ya atribuida *prima facie* al CN en el art. 49, XV. Las élites gobernantes tienen el control absoluto en materia referendaria.

El art. 2, que nada aclara sobre el contenido de la expresión “materias de acentuada relevancia”, contribuye a la discrecionalidad gubernamental. El art. 3 explicita abiertamente el *iter* procesal a seguir, cuya última palabra corresponde al CN en los términos ya vistos. La doctrina viene en este punto planteándose la titularidad de la iniciativa por otros poderes públicos como el Presidente de la República o los parlamentarios.

La titularidad de la iniciativa de uno y otros no reviste problema jurídico alguno. Presidente de la República y parlamentarios pueden enviar propuestas de referendo a la Mesa del Congreso. La polémica gira en torno a la eficacia directa de tales propuestas. En opinión de Almino Afonso, redactor del proyecto de lei 3.589/93 que pasaría a ser la lei 9.709/98, la atribución de dicha competencia al Presidente de la República acabaría por desnaturalizar la competencia exclusiva del CN<sup>577</sup>. En una línea similar se pronuncia Sgarbi quien, admitiendo la iniciativa de Presidente de la República y parlamentarios, condiciona la eficacia de las mismas a la votación del CN (SGARBI, 1999, p. 168).

En este contexto tan restrictivo, ¿cabe la iniciativa popular en materia de referendo? La respuesta es obviamente negativa. De la regulación constitucional y desarrollo legislativo no cabe admitir la iniciativa ciudadana jurídicamente

---

<sup>577</sup> Cf. Affonso, 1996, pp. 21-2

vinculante<sup>578</sup>. Sgarbi propone una interpretación analógica del art. 61, § 2 CF que permitiría a la ciudadanía presentar ante la Mesa del Congreso pedido de referendo atendidos los requisitos procedimentales de la ILP – 1% del electorado nacional, distribuido por un mínimo de 5 Estados, con un 0,3% de los electores de cada uno (SGARBI, 1999, pp.168-9). Compartimos la posición de Sgarbi de posibilitar la iniciativa ciudadana de referendo. Sin embargo, rechazamos la interpretación analógica en relación al *quórum* exigido para la ILP por ser absolutamente desproporcionado.

La revitalización del referéndum pasa al igual que el Plebiscito por la derogación del art. 49, XV de la CF y la atribución expresa de la iniciativa en manos de la ciudadanía, atendidos determinados requisitos procedimentales. Una reforma constitucional, huelga decirlo, que incidiría directamente en el art. 3 de la lei 9.709/98. Entre los requisitos formales, debería establecerse un número razonable de firmas sensiblemente inferior a interpretaciones analógicas del art. 61, § 2 CF. La recogida de firmas debería estar limitada temporalmente a un período máximo de 9 meses al objeto de no condicionar en exceso la agenda política. Otra reforma conveniente sería la exigencia a la Mesa del CN de emitir decisión motivada de rechazo en un plazo no superior a 15 días.

La ambigüedad material del art. 2 de la lei 9.709/98 ha de ser objeto de reformulación por el legislador, proporcionando una regulación de mínimos que aporte claridad sobre las cuestiones a someter a referendo. De poco o nada sirve declarar que toda materia puede ser objeto de referendo si a renglón seguido se afirma que la decisión obedece enteramente al juicio de oportunidad y discrecionalidad de las Mesas del CN<sup>579</sup>. La actual regulación impide cualquier interacción entre la ciudadanía y las Cámaras Legislativas nacionales. Sustituir la discrecionalidad vigente por la transparencia procedimental es otra de las reformas necesarias.

Este objetivo, la transparencia procedimental, debe comenzar con el cumplimiento por las Cámaras del CN del mandato del legislador de regular internamente los procedimientos del referendo. Si tenemos en cuenta que la lei 9.709 es

---

<sup>578</sup> En este sentido, Mesquita Benevides (1996, p. 161) afirma: “En Brasil, teniendo en cuenta la competencia del Congreso de autorizar la convocatoria de referendo, pienso que no se puede hablar de iniciativa popular vinculante (cuanto a la convocatoria) y tampoco en contraproyecto”.

<sup>579</sup> En sentido similar, cf. De Melo, 2001, p. 133.

de 1998 es completamente inaceptable la desidia de los representantes en articular un procedimiento mínimamente garantista y transparente.

#### **4.4.3 La democracia semidirecta en la CF y la Lei 9.709 de 18 de novembro de 1998: la iniciativa popular.**

El elenco de instrumentos jurídicos de democracia participativa se completa con la iniciativa popular del art. 14, III CF (en adelante, IP). Su naturaleza jurídica no padece de la confusión técnica que rodea a plebiscito y referendo. La doctrina mayoritaria la conceptúa como un derecho de titularidad ciudadana para, atendidos determinados requisitos procedimentales, iniciar el proceso legislativo ante el Parlamento<sup>580</sup>. Lo que sí varía de un texto constitucional a otro es el grado de participación de la ciudadanía. En unos casos, se trata de una moción presentada ante el Parlamento para votación de un determinado proyecto de ley o reforma constitucional. En otros, la ciudadanía elabora directamente la ley sin intervención de aquél. (MESQUITA BENEVIDES, 1996, p. 33; ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 364)

La IP es un derecho para incorporar a la agenda pública aquellos intereses y/o demandas sociales insuficientemente atendidos por los representantes. Su finalidad no es otra que reforzar la interacción con los representantes, señalando materias que ante la inacción o desconocimiento de los representantes, precisan de una respuesta jurídica innovadora. Es igualmente un elemento de control de la actividad parlamentaria. Dicho con otras palabras: en sentido material la IP es un derecho político, componente del derecho de sufragio, que autoriza a la ciudadanía a instaurar frente al Parlamento debido proceso legislativo. En su sentido instrumental, es una de las formas de abertura del proceso legislativo (RÉIS, 2012, p. 71).

La regulación constitucional de la iniciativa popular goza de mayor densidad normativa que la dispensada a plebiscito y referendo. El núcleo normativo se encuentra en el art. 61, § 2 CF, que dice así

§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

---

<sup>580</sup> Cf. cap. III. 4. 1.

Quedan delimitados *prima facie* el ámbito material y procedimental de la IP. Su alcance se restringe a la presentación de proyecto de ley ante la *Câmara dos Deputados*. Los ciudadanos no pueden legislar directamente. Esta restricción es consecuencia de la atribución del Poder Legislativo al CN (art. 44 CF). La generalidad de la expresión *projeto de lei*, reproducida en el cuerpo de la *lei 9.709/98*, ha de interpretarse como habilitación del legislador para presentar leyes ordinarias y complementares. A ello debe sumarse que la CF, a diferencia de las enmiendas constitucionales, no determina los titulares de la iniciativa para las leyes complementares. El proyecto de IP debe lógicamente respetar la distribución competencial entre los diversos entes territoriales.

La cuestión que determina la eficacia real de la IP es la amplitud material reconocida en sede constitucional. Como se vio en el cap. III, el gran déficit de la regulación en la CE es la desproporcionada restricción material que opera sobre la ILP del art. 87.3, tenida por amplia mayoría de la doctrina como poco menos que *letra muerta*. Una restricción que, afortunadamente, no se produce en el ordenamiento jurídico brasileño. Ni el art. 61 CF, ni la *lei 9.709/98* establecieron restricciones al ámbito material de la IP. El único límite son las denominadas competencias exclusivas que operan en favor de determinados poderes públicos del art. 61, § 1º, incisos I y II CF. Pueden ser objeto de IP aquellas materias que sean competencias privativas de la *Unión* y el *CN* reguladas en los arts. 22 a 48, así como las propias del art. 68, § 1º CF no susceptibles de delegación por el Congresso al Presidente de la República. (ROMANELLI DA SILVA, 2005, p. 367; SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 411)

El régimen normativo se “concreta” en la *lei 9.709/98* (arts. 12 a 14). Llama poderosamente la atención que el principal mecanismo de democracia participativa sea merecedor de un régimen jurídico tan parco en comparación con el referendo y el plebiscito. Como afirma Melo (2001, p. 188) “la *lei n. 9.709/98*, al regular la iniciativa popular, no añadió nada sustancialmente nuevo a lo ya dispuesto por la Constitución Federal de 1988”. La parquedad de la ley es parcialmente resuelta en el art. 252 del *Regimento Interno da Câmara dos Deputados* (en adelante, RICD).

La eficacia real del régimen jurídico de la IP depende en gran medida de su adecuada configuración en tres aspectos: a) La amplitud material; b) La proporcionalidad de los requisitos procedimentales exigidos, principalmente número de

firmas y tiempo para su recogida; c) La interacción entre los promotores – se entiende una Comisión reducida– y el órgano legislativo competente en la fase de tramitación parlamentaria; d) La posibilidad de defender el texto propuesto en la fase de elaboración parlamentaria de la ley.

El art. 13 reproduce las condiciones procedimentales a cumplir por el electorado. El proyecto de ley ha de contar con la firma del 1% del electorado nacional; ser materia de repercusión nacional mediante la distribución por un mínimo de 5 Estados; y, por último, superar un requisito numérico fijado en un mínimo de 3 décimos de los electores de cada uno de los Estados. El art. 252 del RICD exige que las firmas sean legibles y vayan acompañadas de los datos identificativos del Censo electoral. Igualmente atribuye a entidades de la sociedad civil la posibilidad de presentación de proyectos de ley y la potestad de organizar la recogida de firmas.

Los condicionantes exigidos por el legislador brasileño al electorado resultan notablemente desproporcionados si los sometemos al análisis objetivo. La exigencia del 1% del censo electoral nacional equivale a 1.358.044 electores<sup>581</sup>. Una cifra muy superior a la que precisa un diputado federal para ser elegido e investido de la capacidad para presentar proyectos de ley<sup>582</sup>. (SALGADO, 2006, p. 98; SARLET; ALMAGRO, 2013, p. 414)

¿Es razonable exigir un número de firmas tan elevado condicionándolo además a una barrera electoral estatal? Responder a esta pregunta requiere considerar previamente factores de tipo geográfico como la dimensión continental de Brasil; la estructura federal del Estado brasileño; y, por último, su densidad demográfica, cercana a los 195 millones de habitantes. Todas estas circunstancias hacen de Brasil un caso particular que dificulta posibles soluciones en Derecho Comparado.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el único país que se acerca a las características estructurales de Brasil es México. El art. 71, IV de la Constitución mexicana contempla el derecho de iniciativa legislativa ciudadana en términos bien más benévolos que la CF<sup>583</sup>. El número de peticionarios requeridos es un bien más generoso:

<sup>581</sup> Datos disponibles en: <http://eleicoes.uol.com.br/2010/ultimas-noticias/2010/07/20/eleitorado-brasileiro-cresceu-85-em-relação-a-ultima-eleicao.jhtm> (fecha de consulta: 15/03/2014)

<sup>582</sup> Vid. art. 61 CF.

<sup>583</sup> Art. 71. El derecho de iniciar leyes o decretos compete: IV. A los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

el 0,13% de la lista nominal de electores. Un dato que, de acuerdo al último padrón electoral de 2012 – 77.738.494 electores –, arroja un resultado de 101.060 firmas, es decir, aproximadamente un diez por ciento de los electores exigidos por la CF<sup>584</sup>. Otra diferencia reseñable es la no exigencia de una determinada cuota electoral en un número mínimo de Estados de la que dependa la admisión de la iniciativa popular.

El resto de países sudamericanos que admiten la iniciativa legislativa popular optan por cocientes electorales divergentes. La Constitución colombiana prevé un 5% del censo electoral (art. 155)<sup>585</sup>; la Constitución argentina exige un máximo del 3%, remitiendo a ley reglamentaria la adopción del cociente definitivo (art. 39)<sup>586</sup>. En este sentido, la ley reglamentaria 24.747 fijó el 1,5% del padrón electoral nacional. La Constitución ecuatoriana exige dos cocientes: el 0,25% con carácter general y el 1% para la reforma constitucional (art 103)<sup>587</sup>. Venezuela exige el 0,1 % del padrón electoral (art. 204, VII)<sup>588</sup>.

Tan solo Cuba opta por un número fijo de electores. El art. 88, 4 de la Constitución cubana exige la cifra de 10.000 electores. Un caso llamativo es el chileno, cuyo texto constitucional no contempla la iniciativa legislativa popular.

El derecho comparado en Sudamérica, particularmente el caso de México, nos permite reafirmar la desproporción de la regulación actual en la CF. Revitalizar la IP precisa, de entre otras medidas, rebajar considerablemente el porcentual exigido o bien

<sup>584</sup> Datos obtenidos en [↑ http://prep2012.ife.org.mx/prep/NACIONAL/PresidenteNacionalVPC.html](http://prep2012.ife.org.mx/prep/NACIONAL/PresidenteNacionalVPC.html) (último acceso en 15/03/2014)

<sup>585</sup> Artículo 155. Podrán presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, un número de ciudadanos igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente en la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país. La iniciativa popular será tramitada por el Congreso, de conformidad con lo establecido en el artículo 163, para los proyectos que hayan sido objeto de manifestación de urgencia. Los ciudadanos proponentes tendrán derecho a designar un vocero que será oído por las Cámaras en todas las etapas del trámite.

<sup>586</sup> Artículo 39- Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

<sup>587</sup> Art. 103.- La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. [...] Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.

<sup>588</sup> Artículo 204. La iniciativa de las leyes corresponde: [...] A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro civil y electoral.

establecer un número determinado de firmas netamente inferior al cociente electoral vigente. Tampoco parece adecuado el mantenimiento de la cláusula de barrera estatal.

Una alternativa plausible es la equiparación de las firmas requeridas a la resultante del cociente electoral en las elecciones a la *Câmara dos Deputados*. La homogeneidad procedimental – apreciación y debate – entre las leyes de iniciativa popular y las presentadas por los representantes públicos justifica la exigencia de un apoyo electoral similar a una y otra modalidad legislativa. El cálculo del cociente electoral admitiría dos fórmulas diferentes: la media resultante del cociente electoral de todos los Estados o bien el nacional, dividiendo el número de votos válidos entre el número de representantes que componen la *Câmara*. (SALGADO, 2006, p. 98)

En cualquier caso, y con independencia de la solución aritmética que se implante, no admite duda alguna que tratándose de un derecho político, proyección del principio democrático del art. 1 y el art. 14 CF, el legislador debe ser extremadamente cuidadoso con restricciones que, como las actuales, desnaturalizan tal derecho.

Los § 1 y 2 del art. 13 regulan la fase de tramitación parlamentaria de la IP con desigual fortuna. En esta fase deben extremarse las medidas favorables a la transparencia procesal. Las posibilidades de interacción entre los promotores de la iniciativa – una Comisión representativa – y el órgano legislativo interno competente determinarán en buena medida el grado real de eficacia del derecho<sup>589</sup>. Nuevamente la regulación vigente es manifiestamente mejorable.

El § 1 establece un primer límite procesal lógico: la unidad de materia. El § 2 establece una garantía parcialmente acertada: la imposibilidad de rechazar el proyecto de ley por vicios de forma. La deficiencia radica en la atribución de la competencia exclusiva al órgano legislativo correspondiente de la *Câmara dos Deputados*. La necesaria transparencia procesal exige posibilitar la participación de alguno de los promotores del proyecto en la fase de tramitación parlamentaria, al estilo del art. 13.2 de la LOILP 4/2006.

Otro de los aspectos vitales que determina la eficacia real de la IP dice al respecto de las garantías otorgadas a los promotores en la fase de la elaboración parlamentaria de la ley. El art. 14 deja en manos de la *Câmara dos Deputados* – a través

---

<sup>589</sup> Cf. cap. III.3. g.



de su *Regimento Interno* – la elaboración del proyecto de ley. En líneas generales, el proyecto de ley de IP tiene la misma tramitación que el resto. Las excepciones están establecidas en el RICD. Nuevamente, la lei 9.709/98 excluye cualquier posibilidad de intervención directa por parte de los promotores en la defensa del proyecto de ley.

El art. 24, inciso II, “c” establece acertadamente que la IP ha de ser debatida y votada en Plenario, en atención a criterios de transparencia y publicidad. El art. 105, IV, RICD introduce una garantía procesal incompleta. Si bien la IP no decae por transcurso de la legislatura, no se establece un límite temporal máximo para la deliberación y votación de la ley. Esta regulación no impide por completo posibles actitudes de obstruccionismo parlamentario y/o intereses electorales dilatorios. El art. 171, § 3º, RICD permite al primer suscriptor o a quien éste determine realizar la defensa de la ley ante otros posibles oradores.

Las disposiciones del RICD corrigen parcialmente la notoria insuficiencia de la ley. Nada se ha establecido sobre la posible participación de los promotores en la fase de elaboración parlamentaria. Tampoco se ha establecido en diploma legal alguno el poder de enmienda de los promotores ni la ratificación de la IP por vía de referendo. Dicho con otras palabras: los representantes disponen de absoluta libertad para alterar el texto presentado en la *Mesa de la Cámara* ante la total ausencia de controles externos.

Una última laguna de la *lei 9.709/98*, no por ello menos relevante, dice a respecto del resarcimiento de los gastos ocasionados por la presentación de la IP. La actual configuración normativa de la IP requiere la superación de una barrera electoral en varios Estados. Se precisa de una capacidad logística nada desdeñable y a buen seguro costosa en términos financieros. Las dificultades logísticas y operacionales, junto al no resarcimiento de los gastos ocasionados, contribuyen aún más a desestimular a la sociedad civil a accionar la IP.

Hasta aquí la cobertura legal y reglamentaria de la IP que, como se ha visto, contribuyen a minorar su eficacia real como instrumento de participación ciudadana. El marco constitucional puede definirse ciertamente contradictorio. Por una parte desestimula el uso de la IP al establecer requisitos procedimentales sin parangón en el Derecho Comparado sudamericano. Por otra, no establece límite material alguno de

forma directa. Los ciudadanos pueden participar en aquellas materias especialmente relevantes de la vida en comunidad, un factor de motivación para su uso.

La vigente *lei 9.709/98* no proporciona un marco normativo mínimamente garantista. Ya se defendió en otro punto la necesidad de una ley específica. El legislador, sin embargo, entendió suficiente dispensar a la IP ¡dos artículos! específicos en los cuales, vale repetir, se limita a reforzar la posición de dominio de la *Câmara dos Deputados* en las fases de tramitación y elaboración.

Por último, el RICD corrige parcialmente las insuficiencias del régimen legal. Ni establece límite temporal máximo para la deliberación y votación de la IP ni hace mención alguna a la participación y defensa del texto por los promotores en la fase de elaboración parlamentaria. Impera la libertad absoluta de los parlamentarios en la introducción de enmiendas al texto presentado ante la Mesa de la *Câmara*<sup>590</sup>.

Este estado de cosas reduce la IP a un instrumento de democracia participativa gravemente desnaturalizado. La inexistencia de un régimen jurídico mínimamente garantista en las diferentes fases que componen la IP – tramitación, deliberación, elaboración y ratificación del proyecto – hace de esta un instrumento de participación en manos de los gobernantes. Al igual que en el caso del plebiscito y referendo, la IP es un derecho político formalmente reconocido, materialmente deficiente.

La revitalización de este instrumento de participación requiere de reformas constitucionales y legislativas, ya comentadas por parte de la doctrina brasileña<sup>591</sup>. La principal es la reforma constitucional del art. 61, § 2 CF orientada a la reducción del número de firmas precisas y la eliminación de la barrera estatal. El legislador brasileño podría hacerse eco de la regulación mejicana. Se precisa igualmente de la elaboración de ley específica que cuente con una técnica mínimamente coherente – dando cobertura a las diferentes fases aquí apuntadas – y sea mínimamente garantista con la posición de los promotores durante todo el proceso de elaboración del proyecto de ley.

---

<sup>590</sup> En este sentido, Romanelli da Silva (2005, p. 369) afirma: “La voluntad de los signatarios de un proyecto de ley de iniciativa popular puede ser suplantada por la voluntad de los representantes durante la tramitación del proyecto. Eso deja patente que el acto de presentar proyecto de ley no asegura necesariamente la prevalencia de la voluntad de los ciudadanos”.

<sup>591</sup> En este sentido, cf. Melo, 2001; Romanelli da Silva, 2005; Bonavides, 2008, Espíndola, 2011.

Resumiendo: la nueva regulación debe tener por objetivo principal la transparencia procesal y la interacción de una Comisión de promotores con el órgano legislativo competente en las fases de tramitación y elaboración. Se entienden trasladables al marco normativo brasileño las mejoras ya introducidas por la LOILP 4/2006<sup>592</sup>. Igualmente se precisa de la reforma del RICD para definir plazos temporales máximos de deliberación y votación de la enmienda. La puesta en práctica de estas propuestas hará de la IP un derecho no solo formal, sino materialmente eficaz.

4.5. EL ART. 14 CF: EL DERECHO A ACCEDER A LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS. CONSIDERACIONES GENERALES, ELEGIBILIDAD E INELEGIBILIDADES. EN PARTICULAR, LA INELEGIBILIDAD DEL ART. § 9 y la *lei complementar 135/10, de 4 de junho*, “a lei da ficha limpa”.

#### 4.5.1 Consideraciones generales.

El derecho de acceso a los mandatos electivos da forma a la vertiente pasiva del derecho de participación política del art. 14 CF. En un sistema democrático el ciudadano, junto al derecho de elegir a los representantes mediante el ejercicio del sufragio activo, ha de ser titular igualmente del derecho de sufragio pasivo de acuerdo al contenido de las leyes<sup>593</sup>. El ciudadano dispone en materia electoral, tanto de la prerrogativa de elegir a sus representantes – capacidad electoral activa – y participar en referendos y plebiscito, como de la posibilidad de competir para desempeñar temporalmente determinados cargos representativos –capacidad electoral pasiva–. Una y otra se orientan por el Principio de la Universalidad, según el cual han de minimizarse las restricciones al ejercicio de un derecho carísimo a la democracia<sup>594</sup>.

<sup>592</sup> Cf. cap. III. 4. i) sobre mejoras en la fase de tramitación y elaboración de la ILP.

<sup>593</sup> “El derecho de ser votado consiste en la prerrogativa que disfruta el ciudadano de tener su nombre incluido en la cédula de votación o en la urna electrónica, para ser sometido a la apreciación de los ciudadanos por ocasión de la elección para escoger a aquellos que deben ejercer la representación popular. Es viabilizado por el registro de la candidatura que alza al ciudadano a la condición de candidato, autorizándolo a recibir donaciones para campaña, a participar en el horario electoral gratuito, en debates entre candidatos promovidos por los vehículos de comunicación antes de las elecciones, el ingreso con acción de impugnación de registro, de mandato, investigación judicial, recurso contra la pose de diploma, representación contra los demás candidatos, etc.”. (PINTO, 2008, p. 4)

<sup>594</sup> En sentido similar, cf. Vieira Sanseverino, 2008, p. 107-8.

La elegibilidad puede ser definida como el derecho de una significativa proporción de los ciudadanos a candidatarse a los cargos electivos mediante la disputa del voto del Cuerpo Electoral<sup>595</sup>. Tratándose de un derecho fundamental, la tendencia debe ser a la universalidad. Ello se traduce en evitar restricciones injustificadas a la libre elección de los electores así como cualquier condicionamiento político, económico, social y/o cultural que restrinja la lisura de las elecciones<sup>596</sup>.

Con todo ello, no estamos ante un derecho innato. La elegibilidad está condicionada a la satisfacción de determinados requisitos instrumentales que convierten al individuo en registrable<sup>597</sup>. El registro tiene la función inestimable de, aparte de autorizar al elector a recibir votos, permitir la verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales de elegibilidad y la inexistencia de cualquier hipótesis de inelegibilidad que hiciese decaer la participación del mismo. (MEZZARROBA; GAVAZZONI, 2009, p. 185; PINTO, 2008a, p. 6)

El futuro candidato debe igualmente cumplir las condiciones positivas de elegibilidad del art. 14, § 3 CF. En tercer lugar, precisa demostrar tener vida anterior compatible con la representación popular (art. 14, § 9 CF). Por último, la capacidad electoral pasiva únicamente se perfecciona cuando además sobre el candidato no pesa ninguna causa de incompatibilidad y/o inelegibilidad. (SILVA, 2005, p. 367; RÉIS, 2012, p. 221; PINTO, 2008a, pp. 5-6)

El art. 14, § 1 CF establece el alistamiento electoral obligatorio para el ejercicio del sufragio activo. El art. 8 CEB establece el plazo máximo en que brasileños

---

<sup>595</sup> Sant'Ana Pedra (2011, p. 70) define la elegibilidad en los siguientes términos: “La elegibilidad es el derecho subjetivo público que detiene el ciudadano para someter su nombre a la apreciación de sus pares, postulando a designación para un mandato político en el Legislativo o Ejecutivo, mediante el sufragio popular”.

<sup>596</sup> En este sentido, Nunes Michels (2008, p. 109) afirma: “Cuanto a la elegibilidad, con todo, quedaron comprensiblemente excluidos los analfabetos y los electores que se encuentran en la franja de edad entre los 16 y los 18 años. De esa forma, podemos decir que la elegibilidad no fue objeto de privilegios aplicados por el orden jurídico vigente, desde que las hipótesis contempladas evitan el continuismo político, favorecedores del uso de poder para posibilitar eventuales ilícitos de sus titulares ocasionales. En el derecho positivo, por tanto, no se encuentra la elegibilidad sometida a inicuas situaciones discriminatorias, a pesar del proceso electoral ser contaminado con el abuso de poder económico, que acaba con la sinceridad de la competición política”.

<sup>597</sup> La regulación de estos requisitos se encuentran en la Lei Eleitoral (v.g art. 11, §1º, I, II, IV y VII LE) y en determinadas resoluciones del TSE (Recurso Especial Eleitoral nº 19.975 – Rel. Sepúlveda Pertence – j. 03.09.2002; nº. 20.098 – Rel. Fernando Neves – j. 03.09.2002).

natos o naturalizados han de alistarse sin incurrir en sanciones<sup>598</sup>. Se trata de la inclusión de la persona física en el rol de ciudadanos considerados aptos como miembros del Cuerpo Electoral. Una exigencia analógicamente establecida como condición de elegibilidad (art. 14, § 3, III CF). Como regla general el alistamiento es obligatorio para los brasileños mayores de 18 años y menores de 70. Es facultativo para los analfabetos, los mayores de 70 años, los menores de 18 y mayores de 16 años. Siendo facultativo, su concretización es iniciativa del elector, alcanzado el requisito mínimo de edad y demás condiciones establecidas en la legislación.

La determinación de su contenido se encuentra en los arts. 41 a 52 del Código Eleitoral (en adelante, CEB<sup>599</sup>). El art. 42 CEB exige la cualificación con carácter previo a la inscripción<sup>600</sup>. La cualificación consiste en la presentación espontánea del elector en el *Cartório Eleitoral* de acuerdo a los requisitos del art. 44 CEB<sup>601</sup>. La inscripción es el acto subsecuente al otorgamiento por el *Juiz Eleitoral* del pedido de cualificación. (RÉIS, 2012, pp. 141-2)

El futuro elector ha de probar ante la *Justiça Eleitoral* que satisface las condiciones exigidas legalmente para el ejercicio del derecho de voto – tener la nacionalidad brasileña, ser mayor de edad y estar en plena posesión de los derechos políticos – y acreditar el domicilio electoral en la circunscripción en la cual va a

---

<sup>598</sup> Art. 8º O brasileiro nato que não se alistar até os 19 anos ou o naturalizado que não se alistar até um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o valor do salário-mínimo da região, imposta pelo juiz e cobrada no ato da inscrição eleitoral através de selo federal inutilizado no próprio requerimento. ([Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966](#)) ([Vide Lei nº 5.337,1967](#)) ([Vide Lei nº 5.780, de 1972](#)) ([Vide Lei nº 6.018, de 1974](#)) ([Vide Lei nº 7.373, de 1985](#)) Parágrafo único. Não se aplicará a pena ao não alistado que requerer sua inscrição eleitoral até o centésimo primeiro dia anterior à eleição subsequente à data em que completar dezoito anos. ([Incluído pela Lei nº 9.041, de 1995](#))

<sup>599</sup> La adición de la letra b pretende evitar posibles confusiones con las iniciales de Constitución Española (CE)

<sup>600</sup> Art. 42. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor. Parágrafo único. Para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas.

<sup>601</sup> Art. 44. O requerimento, acompanhado de 3 (três) retratos, será instruído com um dos seguintes documentos, que não poderão ser supridos mediante justificação: I - carteira de identidade expedida pelo órgão competente do Distrito Federal ou dos Estados; II - certificado de quitação do serviço militar; III - certidão de idade extraída do Registro Civil; IV - instrumento público do qual se infirá, por direito ter o requerente idade superior a dezoito anos e do qual conste, também, os demais elementos necessários à sua qualificação; V - documento do qual se infira a nacionalidade brasileira, originária ou adquirida, do requerente. Parágrafo único. Será devolvido o requerimento que não contenta os dados constantes do modelo oficial, na mesma ordem, e em caracteres inequívocos.

concurrir<sup>602</sup>. En caso de denegación de la inscripción puede interponerse recurso por el peticionario en el plazo de 5 días (art. 45, § 7 CEB y art. 7, § 1º Lei n. 6.996/1982).

El alistamiento electoral busca proteger la lisura de las elecciones. El principio de la lisura de las elecciones busca preservar la intangibilidad de los votos y la igualdad de los candidatos en la contienda electoral, evitando la corrupción y los vicios electorales propiciados por el abuso de poder económico y político<sup>603</sup>. Tan solo formarán parte del Cuerpo Electoral aquellas personas que tuvieren su nombre incluido en las listas electorales de acuerdo a los requisitos legalmente establecidos<sup>604</sup>. En definitiva, y como afirma Romanelli Da Silva (2005, p. 150) “el alistamiento electoral consiste, [...], en el reconocimiento formal de que la persona integra el cuerpo político y es apta para participar de las deliberaciones autorizadas por la ley”.

El art. 14, § 3, incisos I a IV establece las condiciones de elegibilidad inherentes al ejercicio del derecho de sufragio pasivo. El art. 14, § 3 V impone la filiación partidaria como *conditio sine qua non* del mismo; el art. 14, § 3, VI establece una edad mínima progresiva para el desempeño de según qué cargos públicos; el art. 14, § 4 declara inelegibles a los inalistables y analfabetos; el art. 14 § 5 limita el ejercicio de determinados altos cargos del *Poder Ejecutivo* a una única reelección subsecuente; el art. 14 § 6 impone la renuncia anticipada por tiempo de 6 meses a determinados altos cargos del *Poder Ejecutivo*; el art. 14 § 7 establece la inelegibilidad de determinados parientes de concretos cargos del *Poder Ejecutivo*; el art. 14 § 8 determina las condiciones de elegibilidad de los militares; y, por último, y de mayor relevancia a los efectos de este estudio, el art. 14, § 9 impone un mandato al legislador complementario para establecer otros casos de inelegibilidad a fin de proteger determinados principios constitucionales elementales para el desempeño de todo cargo público. Concluye la extensa regulación del art. 14 CF los diferentes mecanismos de garantía de la pureza del sufragio electoral (§ 10 y 11).

---

<sup>602</sup> En este sentido, vid. TSE, Acórdão nº 10.905, Min. Octávio Galloti.

<sup>603</sup> Cf. Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista, 2012, p. 41.

<sup>604</sup> Sobre el principio de la lisura de las elecciones, Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista (2012, p. 41) afirman: “En el ámbito material, se destaca en la Constitución Federal el principio de la lisura de las elecciones, según el cual se debe preservar la intangibilidad de los votos y la igualdad de los candidatos en el pleito, con el objetivo de evitar elecciones corrompidas y viciadas, en las cuales imperan el abuso de poder económico y político. Deriva del art. 1º, parágrafo único, de la Constitución Federal y encuentra guarda en la legislación infraconstitucional (LC 64/90, art. 23).

#### 4.5.2 Las condiciones de elegibilidad del art. 14, § 3 CF.

De la detallada regulación constitucional arriba catalogada se infiere que las condiciones de elegibilidad tienen innegable fundamento constitucional. Por expreso deseo del legislador primario – mediante la expresión *na forma da lei* del art. 14, § 3 –, es función de la ley ordinaria la reglamentación de los presupuestos o condiciones de elegibilidad. Consecuentemente, no cabe al legislador ordinario la creación de nuevas condiciones de elegibilidad. Nada impide, por el contrario, que la *lei complementar* cree *motu próprio* un elenco de condiciones de obligado cumplimiento por los candidatos (CÂNDIDO, 2003, p. 83).

La competencia legislativa es federal. Corresponde a la *Unión* legislar sobre ciudadanía (derechos políticos) y derecho electoral (arts. 22, I y XIII). Será nula de pleno derecho toda norma en materia de elegibilidad proveniente de constituciones estatales y leyes orgánicas municipales. Dicho en otros términos: las condiciones de elegibilidad son requisitos positivos de idoneidad previa con base en la CF y de obligado cumplimiento para el candidato. (SILVA, 2005, p. 367; LÓPEZ ZILIO, 2013, p. 110; PINTO, 2008a, p. 5; VIERA SANSEVERINO, 2008, p. 109)

La primera de las condiciones a satisfacer para tornarse candidato es, de forma análoga al derecho sufragio activo, el poseer la nacionalidad brasileña (art. 14, § 3, I). Solo son aptos para concurrir a los cargos públicos los nacionales brasileños. La CF prevé la existencia de brasileños natos y naturalizados (art. 12, inc. I y II). El art. 12, § 2, CF impide al legislador – ordinario y complementar – establecer diferencias entre unos y otros, quedando esta facultad reservada al legislador primario<sup>605</sup>. Dicho con otras palabras: salvo excepción constitucionalmente prevista, los brasileños natos y naturalizados serán titulares del mismo régimen de derechos y deberes. En lo que aquí interesa destacar, el legislador primario reservó determinados cargos públicos a los nacionales de origen<sup>606</sup>. Los ciudadanos portugueses, en virtud del *Tratado da Amizade*, disfrutaban de un régimen jurídico privilegiado a la hora de adquirir la nacionalidad

<sup>605</sup> Art. 12, § 2º. A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

<sup>606</sup> Art. 12, § 3º. São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas; VII - de Ministro de Estado da Defesa.

brasileña. Aun sin estar naturalizados los portugueses podrán concurrir, de satisfacer las restantes condiciones de elegibilidad, a los diferentes mandatos electivos, a excepción de los cargos máximos del *Poder Executivo* – Presidente y Vice-Presidente de la República–.

El inciso II exige que el nacional brasileño se encuentre en el pleno ejercicio de los derechos políticos. El pleno ejercicio de los derechos políticos implica la inexistencia de restricción alguna a su gozo integral. Es, por razones obvias, la más elemental de las condiciones de elegibilidad. Como afirma el prof. Cândido (2003, p. 89) “La Constitución Federal quiere, aquí, con esta condición de elegibilidad que el candidato esté disfrutando integralmente de sus derechos políticos sin ninguna restricción concerniente a su capacidad electoral pasiva, o sea el *ius honorum*, o derecho de ser votado”. El pleno gozo de los derechos políticos ha de ser demostrado en el momento del pedido de registro de candidatura. Caso contrario, puede ser objeto de impugnación en un doble momento: en los términos del art. 3, caput, LC 64/90 o bien hasta después de la toma de posesión del diploma, por tratarse de condición de elegibilidad constitucional.

La correcta comprensión de la expresión “plenitud de derechos políticos” requiere de la interpretación sistemática del art. 15 CF. Este artículo prohíbe expresamente la casación de derechos políticos, acto motivado por causas ideológicas, filosóficas o partidarias adoptado con el fin único de acallar disidencias y, como tal, injustificable en democracia. En la casación, los motivos siempre son subjetivos y desprovistos de sustentación jurídica legítima por ser contrario a los principios democrático y republicano. Los derechos políticos únicamente pueden ser perdidos o suspendidos de acuerdo a los supuestos expresamente tasados en el art. 15, I a V<sup>607</sup>. Una regulación no destinada a grupo o individuo particular, sino a situaciones específicas que por expreso deseo del legislador constituyente aconsejan la negación temporal o permanente de aquéllos (RÉIS, 2012, pp. 225-6)

<sup>607</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.



Las situaciones reguladas por el art. 15 CF provocan la pérdida del derecho de sufragio activo y pasivo (arts. 5, III y 71 CEB). El primer dispositivo legal niega el derecho de voto y ser votado a aquellos que estuviesen privados temporal o definitivamente de sus derechos políticos. El segundo declara cancelado el registro de aquellos que tuviesen suspendido o cancelados sus derechos políticos. El resto de causas de inelegibilidad legalmente establecidas únicamente afectan al derecho de sufragio pasivo. (PINTO, 2008, p. 13)

Qué ha entenderse por casación, suspensión y pérdida de derechos políticos es cuestión no exenta de polémica doctrinal. Para Abrão, vedar la casación conlleva el que cualquier tipo de restricción de derechos políticos – sea pérdida, sea suspensión – será temporal, nunca definitiva. Ningún ciudadano brasileño tendrá sus derechos políticos definitivamente extintos. Esa es la distinción entre casación, prohibida por la CF, y pérdida, admitida como excepción a la regla general. La pérdida permite que tales derechos sean readquiridos. La suspensión, pasada la causa de la misma, supone la reincorporación y recuperación automática de los mismos. (SIQUEIRA ABRÃO, 2012, p. 104)

López Zilio sustenta una opinión contraria. La casación de derechos políticos, acto arbitrario, es *per se* contrario a la naturaleza del Estado democrático de derecho. La distinción entre suspensión y pérdida se basa en un criterio temporal, no cualitativo. La suspensión presupone la temporalidad, por lo que pasado el plazo suspensivo se restablece la condición originaria. La pérdida implica la privación definitiva de los derechos políticos sin la posibilidad de readquirir la situación inicial. (LÓPEZ ZILIO, 2012, pp. 112-3)

Con independencia de puntualizaciones doctrinales sobre el alcance temporal de la suspensión de derechos políticos del art. 15 CF, de lo que no cabe duda es que los incisos I y II del art. 14, § 3 deniegan la capacidad electoral pasiva a los siguientes colectivos: a los extranjeros ante la falta de idoneidad para la adquisición de derechos políticos; a los alistados en el servicio militar obligatorio; y, por último, a aquellos ciudadanos inmersos en las causas del art. 15 CF.

El inciso III requiere del alistamiento electoral como condición de elegibilidad. Es, como se comentó anteriormente, el acto que otorga al individuo la condición de miembro del Cuerpo Electoral y lo eleva a la categoría de ciudadano. Los pormenores de su regulación se encuentran en los arts. 8 y 42 a 51 CEB anteriormente explicados.

El inciso IV exige al candidato estar domiciliado en la circunscripción por la cual va a concurrir a las elecciones. Por circunscripción se entiende el Municipio en las elecciones a *Prefeito*, *Vice-Prefeito* y *Vereador*; el Estado en las elecciones a *Senador*, *Deputado Federal* y *Estadual*; el Distrito Federal en los pleitos al *Senado* y la *Câmara Legislativa* y cualquier parte del territorio nacional en las elecciones para Presidente y Vice-Presidente de la República.

En relación al concepto de domicilio no existe unidad de criterio en el ordenamiento jurídico brasileño. El art. 42 CEB, parágrafo único lo define como “el lugar de residencia o morada del requirente, y, comprobado tener el alistado más de uno, se considera domicilio cualquier de ellos”. El precepto definió, pero no conceptuó el domicilio. Una laguna que ha generado no pocas controversias. Se trata, equivocadamente, de un concepto excesivamente amplio al admitir tanto la residencia habitual como la morada ocasional. Por el contrario, el art. 70 del Código Civil conceptúa el domicilio como “el lugar donde ella establece su residencia con ánimo definitivo”. Es un concepto restrictivo asociado a la idea de residencia estable que excluye otras alternativas. Lo ideal, para evitar candidaturas irregulares motivadas por intereses puramente políticos o patrimoniales de carácter ocasional, es la prevalencia del domicilio civil, es decir, la demostración fehaciente del ánimo definitivo de permanecer en un único lugar. (CÂNDIDO, 2003, p. 91; LÓPEZ ZILIO, 2012, pp. 124)

El art. 9 de la *lei* n° 9.504/97 exige un plazo temporal mínimo de un año al pleito electoral. Un *lapsus temporis* adecuado ante la duración de 4 años del mandato electivo. Un plazo menor favorecería la aparición de candidaturas meramente oportunistas. El art. 71 CEB regula como causa de exclusión la ausencia de domicilio en el local de inscripción del elector. Estas garantías buscan reforzar la identificación de los candidatos con la región, evitando que únicamente concurren en aquellos lugares en los cuales supiesen anticipadamente que iban a tener éxito. (SIQUEIRA ABRÃO, 2012, p. 96; CÂNDIDO, 2003, p. 92)

La jurisprudencia del TSE configura un concepto de domicilio que admite otras interpretaciones aparte de la residencia estable o morada ocasional del elector. Domicilio electoral es aquel lugar en el cual el candidato pueda comprobar la existencia de un vínculo profesional (lugar de trabajo), patrimonial (intereses patrimoniales) y/o por último vínculos sociales, políticos o afectivos con la circunscripción de que se trate<sup>608</sup>. Esta interpretación, ciertamente *sui generis* por su amplísima flexibilidad, trae consecuencias perjudiciales eminentemente contrarias al espíritu de la regulación contenida en los arts. 42, parágrafo único y art. 55, inciso III, CEB, facilitando el fraude electoral. Otro grave perjuicio, por vía indirecta, es el fomento de los denominados “corrales electorales” y el estímulo “del voto de cabestro”. El resultado final de esta inadecuada hermenéutica jurisprudencial es la irrelevancia práctica de la exigencia de domicilio electoral. Las dificultades añadidas a la labor de fiscalización de los actos abusivos acaban convirtiendo en papel mojado determinados tipos penales. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 125)

A la luz de esta realidad, es del todo razonable que el legislador redefina con mayor criterio el concepto de domicilio electoral. Ha de potenciarse la vinculación del elector al centro de su vida diaria, limitando las denominadas transferencias ilegales y favoreciendo la definición de políticas basadas en el conjunto de informaciones contenidas en el catastro de la Justiça Eleitoral, censo permanente de gran utilidad para el desarrollo de políticas públicas acordes a la población realmente existente en una determinada localidad. (RÉIS, 2012, p. 158)

El inciso V exige la filiación partidaria como *conditio sine qua non* de la condición de elegible. Para que el elector pueda afiliarse ha de estar en el pleno gozo de sus derechos políticos de acuerdo al art. 16 LPP. La condición de inelegible no impide la afiliación al partido político, a tenor de la jurisprudencia del TSE<sup>609</sup>. Nada impide, no obstante, que el partido disponga en contrario, exigiéndole la condición de elegible. Para Réis, la existencia de este requisito implica afirmar que la República Federativa de Brasil es una democracia representativa partidaria, en la cual los partidos son

<sup>608</sup> Vid. TSE- Recurso Especial Eleitoral nº 23.721 – Rel. Humberto Gomes de Barros – j. 04.11.2004; TSE – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 4.769 – Rel. Humberto Gomes Barros – j. 02.10.2004.

<sup>609</sup> Vid. TSE Acórdãos n. 12.371/92; 23.351/04; 22.014/04 y 12.371/92.

mediadores indispensables en la articulación de la representación política (RÉIS, 2012, pp. 165-6).

El plazo mínimo de afiliación, como ya se vio, es de un año a contar desde la concesión de la condición de afiliado por el órgano directivo competente (art. 9º, Lei 9.504/97). Los pormenores de la filiación partidaria a los efectos de elegibilidad se encuentran detallados en el art. 19 de la lei 9.096/95<sup>610</sup>. El art. 20 del mismo cuerpo legal reserva a los partidos la posibilidad de establecer en sus Estatutos la exigencia de un periodo de afiliación superior al establecido con carácter general de un año. Esta prerrogativa es consecuencia directa del principio de autonomía partidaria. El establecimiento de un plazo inferior a un año será considerado doblemente ilegal por violar los arts. 18 Lei 9.096/95 y el art. 9, caput, *in fine*, de la Lei 9.504/97. La fijación del plazo mínimo de afiliación partidaria es competencia del legislador y es dictado en atención a los intereses del Estado y, como tal, resistente al principio de autonomía partidaria. La única excepción a lo aquí dicho es el incumplimiento por el Partido del parágrafo único del art. 20 de la citada ley, en caso de modificar el periodo de tiempo establecido en año electoral<sup>611</sup>. (CÂNDIDO, 2003, p. 95; PINTO, 2008, p.16)

La publicación de la relación de afiliados por la Justiça Eleitoral tiene efectos *erga omnes*, posibilitando la fiscalización del cumplimiento del plazo de afiliación requerido tanto por la propia JE, el MPE y los partidos adversarios<sup>612</sup>. Sobre la idoneidad de esta condición de elegibilidad nos remitimos a nuestro posicionamiento en el apartado II.I del presente capítulo.

La regla general de un año de afiliación al partido político es susceptible de determinadas excepciones establecidas por la CF para determinados profesionales públicos y ratificadas por la jurisprudencia del TSE. El art. 95, parágrafo único, III CF prohíbe a los jueces dedicarse a la actividad político-partidaria. Una prohibición que se

---

<sup>610</sup> Art. 19. Na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, deverá remeter, aos juízes eleitorais, para arquivamento, publicação e cumprimento dos prazos de filiação partidária para efeito de candidatura a cargos eletivos, a relação dos nomes de todos os seus filiados, da qual constará a data de filiação, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos.

<sup>611</sup> Art. 20. É facultado ao partido político estabelecer, em seu estatuto, prazos de filiação partidária superiores aos previstos nesta Lei, com vistas a candidatura a cargos eletivos. Parágrafo único. Os prazos de filiação partidária, fixados no estatuto do partido, com vistas a candidatura a cargos eletivos, não podem ser alterados no ano da eleição.

<sup>612</sup> Cf. Vieira Sanseverino, 2008, p. 111.

extiende a los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 73, 3º CF). El TSE, en la Res. nº 19.978/97 redujo el plazo temporal a 6 meses de acuerdo con el plazo de compatibilidad establecido en la lei complementar nº. 64/90<sup>613</sup>. Los magistrados y miembros del Tribunal de Cuentas pueden concurrir a las elecciones una vez abandonen definitivamente el ejercicio de su cargo por jubilación o exoneración y cumplido el plazo temporal indicado en la lei complementar 64/90, a saber: a) 4 meses para Prefeito o Vice-Prefeito (art. 1º, II, “a”, ítem 8, c/c IV, “a”); b) 6 meses para la Câmara Municipal (art. 1º, II, “a”, ítem 8, c/c VII, “a”). Los miembros del MP, a raíz de la redacción dada por la EC 45/2004 al § 5º, II, art. 128 se asimilan al régimen descrito anteriormente para Magistrados y Miembros del Tribunal de Cuentas.

El art. 14, § 3, VI CF regula una condición de elegibilidad inexistente en el ordenamiento jurídico español: el cumplimiento de una edad mínima para el desempeño de determinados cargos públicos. Para el legislador constituyente, la experiencia de vida adquirida y la madurez del ciudadano por el paso del tiempo es un requisito determinante de la plenitud de derechos políticos. La edad mínima va aumentando en función de la jerarquía del cargo al que se opta. El cargo de *Vereador*, primero al que podrá candidatarse el ciudadano, exige una edad mínima de 18 años (art. 14, § 3, VI, d)); *Deputado Federal, Estadual o Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito y juiz de paz*, 21 años (art. 14, § 3, VI, c)); 30 años para *Governador y Vice-Governador de Estado y de Distrito Federal* (art. 14, § 3, VI, b)); y, por último, 35 años para *Presidente y Vice-Presidente da República y Senador* ( art. 14, § 3, VI, a)). Puede afirmarse que la plenitud de derechos políticos solo se alcanza al cumplir los 35 años, momento en el cual el ciudadano brasileño de origen puede optar a cualquier cargo público. El art. 11, § 2º de la lei 9.504/97 determina que la edad ha de ser verificada en la pose del cargo.

Existe cierta polémica doctrinal acerca de la constitucionalidad del art. 11, § 2º<sup>614</sup>. Para Cándido, la norma es perfectamente constitucional, dado que el ejercicio del mandato solo se efectiva con la pose. El elegido, anteriormente, tan solo tiene un importante *derecho en espera*. La edad mínima se requiere para el ejercicio. Será a partir del mismo que aparece la objetividad jurídica de la exigencia. Negar registro a

<sup>613</sup> Art. 1, II, alínea a, núms. 8 y 14.

<sup>614</sup> La posición jurisprudencial del TSE se inclina por establecer como criterio la fecha de toma de posesión. *Vid.* TSE Consulta nº 554 – Rel. Édson Vidigal – j. 09.12.1999.

quien tendrá la edad requerida en el momento de la pose equivale a negar en última instancia los derechos políticos del requirente. Apostar por la literalidad de la regla en detrimento de una interpretación finalista, impidiendo el ejercicio de los derechos políticos del ciudadano, es una interpretación errónea. Los derechos políticos deben tender siempre a su ejercicio amplio. (CÂNDIDO, 2003, p. 97; 2012, p.113).

En una posición similar se pronuncia López Zilio. La mera comprobación en el acto de inscripción de que el candidato cumplirá la edad requerida hasta la fecha de toma de posesión es criterio suficiente para determinar la idoneidad del presupuesto de elegibilidad. La razón es obvia: el cumplimiento de la edad es un hecho meramente biológico que escapa a cualquier injerencia del candidato. No obstante, no debe confundirse la constitucionalidad de la norma con la eficiencia de la misma, ya que ni siempre la ley constitucional es una ley de adecuada aplicación práctica. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 139).

En sentido contrario se pronuncian Niess, Mendes y Réis. Niess defiende la inconstitucionalidad de la norma. La condición de elegibilidad ha de ser comprobada en dos momentos que tienen carácter preclusivo: o la fecha de registro o, como máximo, en la fecha de la elección (*Apud* López Zilio, 2012, pp.138-9). Para Mendes el criterio de pose es igualmente erróneo. Si se trata de elemento integrante de las condiciones de elegibilidad, el momento de la comprobación ha de ser el de registro de la candidatura (MENDES, 2011, p. 769). Para Réis, la norma es de dudosa constitucionalidad. Las edades mínimas establecidas en sede constitucional son condiciones para la candidatura, no para la pose del cargo electivo. El legislador contrarió el mandato constitucional haciendo posible la candidatura de quien todavía no cumple condición de elegibilidad basada en criterios de edad (RÉIS, 2012, p. 234)

Por último, el art. 14, § 8 determina las condiciones de elegibilidad que afectan a los miembros de la carrera militar. El militar alistable es igualmente elegible. La posible contradicción entre el art. 14, § 3º, V – la filiación partidaria obligatoria – y el art. 142, §, 3, V, que impide al militar en activo afiliarse a cualquier partido político, fue resuelto por el TSE<sup>615</sup>. Al militar elegible le bastará con que el partido presente el

---

<sup>615</sup>Vid. TSE Recurso Especial Eleitoral nº 8.963 – Rel. Octávio Gallotti – j. 30.08.1990; Res. 19.509 de 26.04.1996

pedido de registro de candidatura con su autorización expresa y la elección en la convención partidaria de turno<sup>616</sup>.

#### **4.5.3 La inelegibilidad como restricción del derecho de sufragio pasivo: aspectos generales.**

La capacidad electoral pasiva se perfecciona únicamente cuando sobre el candidato registrable y elegible no recae ninguna causa de inelegibilidad constitucional y legalmente establecida. Las diferencias con la elegibilidad responden, como ha acentuado la jurisprudencia del STF al contenido, configuración legal y fin de la misma<sup>617</sup>. La elegibilidad se conceptúa como la concurrencia de determinados requisitos positivos en la persona del candidato. La inelegibilidad se basa en la ausencia de condicionantes negativos que impidan el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Otra diferencia dice respecto de la reserva legal que opera sobre las mismas. Mientras la elegibilidad ha de ser regulada mediante ley ordinaria y, cuando fuese autorizada por ley a través de los estatutos de partido (v.g., art. 20 LPP), la inelegibilidad tiene reserva de *lei complementar* con carácter de *numerus clausus*. La finalidad también hace de las mismas figuras diversas. Mientras la elegibilidad busca obtener el voto libre, la inelegibilidad garantiza la libertad de voto. (MENDES, 1994, p. 108; LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 144)

La inelegibilidad es la restricción de la capacidad electoral pasiva expresamente prevista en la CF o en Ley Complementar e, importante, por el plazo temporal establecido en la ley. Puede ser absoluta o relativa, dependiendo si afecta a cualquier posible cargo o solo a algunos; directa o indirecta, según afecte al propio sujeto o bien a un tercero; por último, puede tener origen constitucional o legal mediante *lei complementar*<sup>618</sup>.

Comprender la esencia de la inelegibilidad requiere entender previamente su condición de instituto jurídico protector de la normalidad institucional en el Estado democrático. Los representantes electos no pueden representar una amenaza a la

<sup>616</sup>Cf. Vieira Sanseverino, 2008, p. 116; Nunes Michels, 2008, p. 111.

<sup>617</sup>Vid. ADI – Lei n. 8.713/93 (art. 8º, §1º, y art. 9º) – proceso electoral de 1994. Cuestión de orden en la ADI nº 1.063 – Relator Min. Celso de Mello – j. 18/05/1994 – Tribunal Pleno – DJ 27-04-01, p. 0057.

<sup>618</sup>Cf. Zilio López, 2012, p. 142.

producción normativa y la estabilidad institucional, contrariando los objetivos elementales de prosperidad, igualdad y justicia establecidos en el pacto constitucional<sup>619</sup>. La inelegibilidad es un instrumento de gran utilidad para la protección de la sociedad impidiendo que determinadas personas con un histórico contrario a los principios elementales de la función pública del art. 37 CF – legalidad, moralidad, publicidad, impersonalidad y eficiencia – puedan alcanzar posiciones decisorias en las instancias estatales. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, pp. 9-10)

El elemento nuclear que distingue la inelegibilidad de otras figuras afines es la finalidad atribuida a la misma por el legislador constituyente en el art. 14, § 9 CF, cuya redacción literal dice así

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Como se desprende de la lectura del artículo, el legislador constituyente fue bien tajante sobre el fin de la misma. La ampliación de las causas de inelegibilidad constitucionalmente establecidas encuentra su fundamento en: a) La protección de la probidad administrativa; b) La moralidad del ejercicio del mandato considerada la vida anterior del candidato; c) La preservación de la libertad de voto y; d) La legitimidad y normalidad de las elecciones frente a posibles abusos del poder económico o del ejercicio de la función<sup>620</sup>. El propio legislador constituyente fue más allá al fundamentar el mandato de ampliar los supuestos de inelegibilidad en el reconocimiento de un problema histórico de distorsión de las elecciones motivado por los frecuentes abusos de poder económico o el abuso de cargo o función<sup>621</sup>.

---

<sup>619</sup> En este sentido, Mezzaroba y Gavazzoni (2009, p. 187) afirman: “[...] Nadie puede alardear de ser el dueño del poder. El poder pertenece al pueblo, él es el único soberano absoluto, pudiendo delegar ese poder a través del sistema de representación política para que alguien ejerza el mandato en su nombre. El mandato es una delegación de poderes, estando limitado por los compromisos establecidos en el proceso electoral. [...]. La delegación de poderes del pueblo a través de mandato no puede comportar cualquier subterfugio que proteja, por ejemplo, la existencia de improbidad administrativa. A partir del momento en que se comprueba, documentalmente, apropiación indebida, desvío de recursos o cualquier acción dañina al erario público la soberanía popular ya comienza a ser mutilada, cabiendo a los poderes constituidos actuar para rescatarla”.

<sup>620</sup> El art. 14, § 9 fue fruto de la Enmienda Constitucional de Revisión n° 4, de 07.06. 94.

<sup>621</sup> Un estudio en detalle sobre el fraude electoral en la historia constitucional brasileña puede verse en Villa, 2012.



La eficacia directa del art. 14, § 9 CF fue objeto de polémica doctrinal y posterior enjuiciamiento jurisprudencial por el TSE y STF. Para parte expresiva de la mejor doctrina se trata de norma de eficacia limitada. Ello no obsta para que sea considerado criterio hermenéutico de obligado cumplimiento por el legislador infraconstitucional en función del principio de supremacía de la Carta Magna. Como es bien sabido, éste obliga al legislador infraconstitucional a guardar armonía con las disposiciones contenidas en aquella bajo el riesgo de incurrir en el vicio de inconstitucionalidad. Estas premisas de corte general rigen igualmente en materia de inelegibilidad. (SILVA, 1998, pp. 219-20; LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 152)

El alcance de la misma fue delimitado por la jurisprudencia del TSE y posteriormente ratificado por el STF. El Tribunal Superior Electoral, en la Súmula 13, se limitó a impedir la posibilidad de fundamentar la petición de impugnación de registro de candidato con base en la vida previa del candidato o en la ausencia de moralidad para el ejercicio del mandato<sup>622</sup>. Posteriormente, la ADPF n° 144 sustentó la autoaplicabilidad del art. 14, § 9 CF por la fuerza de la EC n° 04 y, en consecuencia, la inviabilidad de la candidatura de quien ostentase vida anterior incompatible con la moralidad y la probidad administrativa. El STF juzgo improcedente tal petición con base tanto en la propia reserva de *lei complementar* cuanto en el derecho fundamental de presunción de inocencia del art. 5º, LVII de la CF.

La inelegibilidad tiene indudable fundamento constitucional y reserva de *lei complementar*. Tratándose de restricción al pleno ejercicio de los derechos políticos, su configuración legal e interpretación han de ser necesariamente restrictivas. La jurisprudencia del TSE, como fue puesto de manifiesto por el Ministro Joaquín Barbosa<sup>623</sup>,

[...] viene interpretando las normas electorales con el objeto de preservar los valores más caros al régimen democrático, en especial la libertad de voto y la moralidad pública. Aun cuando se refieran a derechos políticos negativos, esa nueva exégesis no se muestra extensiva o contraria al Derecho, sino en justa medida para la protección de bienes jurídicos constitucionalmente tutelados.

<sup>622</sup> Jurisprudencia reafirmada en el Recurso Ordinario n° 1.069 – j. 20.09.2006 – Rel. Marcelo Ribeiro) y en la ADPF n° 144 – Rel. Celso de Mello – j. 06.08.2008.

<sup>623</sup> *Vid.* Agravo Regimental en el Recurso Especial Electoral n°. 29.662 – Rel. Joaquim Barbosa . j. 16.12.2008.

#### 4.5.4 Las causas de inelegibilidad en la CF: art. 14, § 4 a 8°.

La CF regula diversos supuestos de inelegibilidad en los arts. 14, § 4 a 8°. La técnica utilizada por el legislador constituyente ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales por carecer de la necesaria coherencia sistemática en materia tan sensible como la restricción de derechos políticos. Esta falta de claridad ha motivado a su vez dificultades interpretativas que en poco contribuyen a la consolidación de un marco dotado de la deseable seguridad jurídica.

El catálogo de inelegibilidades establecido en sede constitucional es doblemente ambicioso, tanto por su amplitud causal como por el mandato realizado al *legislador complementar* para regular otros posibles supuestos. El art. 14, § 4 declara la inelegibilidad de inalistables y analfabetos. El art. 14, § 5 restringe la reelección del Presidente de la República, Gobernadores de Estado y del Distrito Federal, Alcaldes y aquellos a quienes hubiesen sucedido o substituido en el curso de los mandatos a un único periodo subsecuente. El art. 14, § 6 establece la renuncia obligatoria de los mismos a los mandatos con 6 meses de anterioridad en el caso de concurrir a otros cargos. El art. 14, § 7 determina la inelegibilidad de determinados parientes consanguíneos o adoptados en el territorio de la jurisdicción de los cargos públicos anteriormente citados. El art. 14, § 8, ya analizado, afirma la elegibilidad del militar de cumplirse determinados requisitos.

El art. 14, § 4° afirma que son inelegibles los inalistables y los analfabetos. La lectura del artículo permite dudar de su condición de inelegibilidad *stricto sensu*. En opinión de López Zilio, posición que compartimos, la previsión constitucional se refiere interpretada literalmente a la ausencia de condición de elegibilidad<sup>624</sup>. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 153). En sentido contrario, Siqueira Abrão sustenta que se trata de una inelegibilidad de carácter absoluto. Todos aquellos individuos que no puedan alistarse como electores – reclutados, menores de 16 años y extranjeros – incurrir en ella. A *sensu contrario*, solo disponen de la capacidad electoral pasiva aquellos individuos que previamente adquieran la condición de elector de acuerdo al contenido del art. 14, § 3 CF. (GUEDES, 2014, p. 679; SIQUEIRA ABRÃO, 2012, p. 92)

---

<sup>624</sup> En sentido similar, *vid.* ADIN 1063.

No hay duda que los analfabetos tienen una condición dispar en materia electoral. Son titulares del derecho de sufragio activo (art. 14, § 1, II, a). Una atribución no exenta de polémica doctrinal a favor y en contra. Para los detractores, los analfabetos constituyen una masa fácilmente manipulable ante su falta de instrucción general. Un hecho que torna imposible su participación libre y consciente en las elecciones<sup>625</sup>. En sentido contrario, los partidarios consideran que la condición de universal del sufragio implica su atribución forzosa a todas las personas. La exclusión de cualquier persona es igualmente contraria al principio de igualdad que ha de nortear el sistema democrático.

Cualquier posicionamiento a favor o contra esta causa de inelegibilidad debe tener en cuenta la realidad sociológica de Brasil. Los estudios sobre el grado de alfabetización reflejan dos datos interrelacionados. En primer lugar, a la hora de catalogar a una persona como analfabeta ha de diferenciarse entre analfabetos totales y funcionales. Los analfabetos totales – aquellos que no saben leer o escribir ni siquiera rudimentariamente – con más de 15 años suman un total de 13,1 millones. Los analfabetos funcionales, aquellos que tienen menos de 4 años de escolarización suman 27, 8 millones<sup>626</sup>.

En este contexto social negar el derecho de sufragio a los analfabetos equivaldría a retirar de la vida política a un importante contingente de personas, que pasarían a ser *parias políticos*. Esta situación se agrava en muchos municipios de Brasil donde el analfabetismo supera el 50% por ciento<sup>627</sup>. Cualquier interpretación literal del art. 14, § 4 CF dificultaría *in extremis* la labor representativa en esos lugares. Máxime cuando podrían concurrir alternativa o conjuntamente otras causas de inelegibilidad o situaciones de privación de derechos políticos que tornarían imposible la elección de los representantes. (SANT´ANA PEDRA, 2011, p. 73)

<sup>625</sup> Cf. Sant´Ana Pedra, 2005, p. 208.

<sup>626</sup> Datos disponibles en <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,taxa-de-analfabetismo-para-de-cair-e-tem-pequeno-aumento-no-brasil,1079462.0.htm> ( último acceso el 06/05/2014). En sentido similar, cf. Ataíde Alves, 2001, p. 68.

<sup>627</sup> En este sentido, Sant´Ana Pedra (2011, p. 77) afirma: “El Brasil es un país plural, con diferencias regionales e interregionales, donde el sistema educacional está organizado de forma descentralizada, con responsabilidades de la Unión, de los Estados y de los Municipios. Toda esa complejidad hace que el país tenga municipios como Jordao, en el Estado de Acre, con una población de cerca de 4.500 personas, con tasa de analfabetismo de la población de más de 15 años en torno del 60%, y municipios como Sao Paulo, en el Estado de Sao Paulo, con una población de cerca de 10.500.000 personas, con tasa de analfabetismo de población de más de 15 años en torno al 5%”.

La igualdad política como principio basilar de la democracia exige otorgar el derecho de sufragio pasivo a los analfabetos. Es obligación de una sociedad que se dice democrática contribuir a estimular la educación e inserción política de los más desfavorecidos. Entre los derechos prestacionales que al Estado le corresponde garantizar destaca el derecho fundamental a la educación de todas las personas (arts. 6 y 205 CF). El Estado brasileño dispone hoy día de sobrados recursos económicos y humanos para lograr erradicar el analfabetismo. No cabe, por tanto, seguir negando el derecho de sufragio pasivo a un colectivo históricamente discriminado y con graves problemas de inclusión social, motivados en buena parte por la ineficiencia estatal en implementar un sistema educacional universal mínimamente eficiente<sup>628</sup>.

No hay que olvidar que la democracia tiene un componente pedagógico entre sus valores elementales<sup>629</sup>. Dicho con otras palabras: solo garantizando la igualdad una sociedad pluralista puede ser considerada una sociedad democrática. Y solo practicando se aprende, se enseña y se perfecciona la democracia. (SIQUEIRA ABRÃO, 2012, p. 92; SANT'ANA PEDRA, 2011, p. 73)

La CF no aclara que ha de entenderse por persona analfabeta, laguna que contribuye a la imprecisión jurídica del término y que nos fuerza a acudir a otras posibles fuentes en busca de mayor claridad. El *Instituto Brasileiro de Geografia y Estatística* (IBGE) define como persona analfabeta “aquella que declara no saber leer y escribir un billete simple en el idioma que conoce, además de aquella que cuenta que aprendió a leer, pero que se olvidó”. Por tratarse de norma que garantiza un derecho fundamental personalísimo, cualquier interpretación que del término analfabeto se haga debe aplicarse únicamente a aquellas personas consideradas totalmente analfabetas.

Esta afirmación ha de tomar en cuenta otras variables sociológicas y demográficas que influyen en la aplicabilidad de la norma. La norma jurídica no puede ser aislada de la realidad en que ha de ser aplicada, a riesgo de hacer de la misma una

---

<sup>628</sup> En el año 2013 se produjo un repunte del 8,6 al 8,7% de analfabetos en Brasil, un 0,1% más que se traduce en 300.000 nuevos analfabetos, la mayoría de ellos localizados en el Nordeste del País. Disponible en <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/brasil-ganha-300000-analfabetos-em- apenas-um-ano>. (Último acceso el 06/05/2014)

<sup>629</sup> En este sentido, Sant'Ana Pedra (2011, p. 71) afirma: “En un país con elevado número de adultos analfabetos, restringirlos pura y simplemente del pleno ejercicio de los derechos políticos es olvidar que la educación es derecho de todos y deber del Estado, procurando preparar las personas para el ejercicio de la ciudadanía (art. 205 CF)”.

regla disfuncional. Máxime tratándose de derecho fundamental, categoría que con el objetivo de extraer el sentido más adecuado a la concretización del derecho exige interpretaciones restrictivas a cualquier limitación (GUEDES, 2014, p. 679).

Tavora Niess distingue entre personas semi-alfabetizadas y analfabetos totales a efectos de cualquier posible restricción de la capacidad electoral pasiva. Han de ser considerados analfabetos totales únicamente aquellas personas incapaces de extraer un mínimo sentido a las palabras escritas e impedidas de comprender el significado de un texto simple (NIESS *apud* LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 154).

La comprobación de la alfabetización del candidato tiene lugar en el momento del registro de la candidatura. El TSE se ha pronunciado al respecto exigiendo la presentación de comprobante de escolaridad o bien declaración de propio puño<sup>630</sup>. Otros medios alternativos provistos de mayor idoneidad para comprobar el grado real de alfabetización del candidato son los denominados test de alfabetización<sup>631</sup>. Estos tienen carácter supletorio y son competencia de la *Justiça Eleitoral*. La jurisprudencia electoral viene admitiendo el rechazo de aquellas candidaturas en que el candidato sometido a test de alfabetización no demuestre poseer habilidades mínimas para ser considerado alfabetizado, es decir, sea incapaz de esbozar mínimos signos gráficos comprensibles o no muestre aptitudes para la lectura<sup>632</sup>.

En atención a los datos aquí mostrados, cualquier interpretación que se haga del alcance del art. 14, § 4 CF ha de tener en cuenta el contexto demográfico y territorial de la persona analfabeta así como la circunscripción electoral y el cargo al cual va a concurrir. De acuerdo con Soares da Costa, el Vereador semi analfabeto puede ser un importante líder político en una comunidad dominada por el analfabetismo. Esta circunstancia se encuentra bien presente en las zonas rurales, en las entrañas de Brasil. La flexibilidad de la norma ha de ser menor cuando aquél concurra a cargos de carácter estadual o nacional. (SANT´ANA DA PEDRA, 2011, p. 78; SOARES DA COSTA, 2009, p. 106).

---

<sup>630</sup> Vid. art. 27, inciso IV, y § 8, Resolución n.º 27.373/11 TSE.

<sup>631</sup> Sobre las diversas teorías a favor y en contra de la realización de los test de alfabetización, cf. Ataíde Alves, 2001, pp. 69 y ss.

<sup>632</sup> Vid. TSE Recursos Especiais n. 13.180, 12.804 y 12.952.

Las peculiaridades que cada circunscripción electoral presenta y la complejidad de los cargos electivos a desempeñar impiden que se establezca un único padrón de aplicabilidad del art. 14, § 4 CF. La elegibilidad o inelegibilidad del analfabeto ha de ser matizada en función de las condiciones sociológicas de la circunscripción en que presente su candidatura y la dificultad y aptitudes exigidas para cada cargo electivo. (SANT´ANA PEDRA, 2011, p. 78)

El art. 14, § 5 CF como causa de inelegibilidad es consecuencia de la EC nº 16/97<sup>633</sup>. Es una causa de inelegibilidad relativa doblemente limitada. Primeramente por que recae sobre un elenco determinado de cargos públicos del Poder Ejecutivo. En segundo lugar, por que opera únicamente con el objetivo de evitar la quiebra de los principios democrático y republicano al evitar terceros mandatos subsecuentes. En su redacción originaria el art. 14, § 5 CF imposibilitaba la reelección de los Jefes del Poder Ejecutivo. Esta prohibición se fundamentaba en intentar evitar las prácticas clientelares sólidamente arraigadas en el ámbito electoral local. La Enmienda anteriormente citada otorga la posibilidad de reelección por un mandato subsecuente a los Jefes del Poder Ejecutivo o a quien los hubiese sucedido o substituido en los diferentes ámbitos territoriales del Estado federal brasileño, sin necesidad de alejamiento o cumplimiento del periodo de compatibilidad legalmente establecido<sup>634</sup>.

La introducción de esta Enmienda resultó muy polémica entre la doctrina<sup>635</sup>. El bien jurídico en discusión es la garantía de isonomía formal en el proceso electoral. Para los partidarios de la reforma, entre los que se encuentra Réis, posibilitar la reelección de los miembros del Poder Ejecutivo permite al Cuerpo Electoral pronunciarse sobre la aprobación o no del programa de Gobierno. No ha de olvidarse que éste ha de disponer de un tiempo hábil mínimo para la puesta en marcha de políticas de largo plazo. La solución, dice el mismo autor, no es la derogación sin más del instituto, sino el cumplimiento íntegro de las labores de fiscalización de las campañas electorales con el fin de evitar los abusos de poder y las conductas vedadas a los agentes públicos (RÉIS, 2012, p. 246). Otra corriente de pensamiento coloca el acento en la posible utilización de la máquina estatal por aquellos que están al frente del Poder Ejecutivo, circunstancia

---

<sup>633</sup> § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente

<sup>634</sup> *Vid.* Pleno – Medida Cautelar ADI nº. 1.805 – Rel. Neri da Silveira – j. 26.03.1998.

<sup>635</sup> En este sentido, cf. Cândido, 2003, pp. 110-1.

que imposibilitaría garantizar la isonomía formal de las elecciones al incrementar la confusión del elector medio sobre quién es candidato y quien administrador. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 157)

El significado de la expresión *periodo subsecuente* ha sido objeto de interpretación jurisprudencial por el STE<sup>636</sup>. Por éste se entiende mandato subsecuente, es decir, periodo inmediatamente posterior al que se encierra. Todavía ha de distinguirse entre sustitución y sucesión del Jefe del Poder Ejecutivo. La sustitución tiene carácter eventual, incidiendo en los impedimentos temporales del titular – v.g. vacaciones, licencias. La sucesión tiene carácter definitivo, incidiendo en los impedimentos definitivos del titular – como renuncia o fallecimiento –. (GUEDES, 2014, p. 680; LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 157)

La limitación en el ejercicio de cualquier cargo público se fundamenta en el cumplimiento de los principios democráticos y de la República. Éstos se desdoblan en dos objetivos interrelacionados: a) garantizar la alternancia de los candidatos en el ejercicio de los cargos públicos y consecuentemente; b) el que ningún candidato pueda perpetuarse en el ejercicio de un cargo público. Esta limitación no afecta a quien habiendo concurrido en dos ocasiones para el cargo de *vice-Prefeito*, *vice-Governador* o *vice-Presidente* decida postularse para titular de tales cargos electivos<sup>637</sup>. No obstante, si cualquiera de ellos sustituye al titular del cargo en el periodo de 6 meses anterior a la elección no podrá concurrir a dicho cargo<sup>638</sup>.

El art. 14, § 6 CF introduce una causa de inelegibilidad directamente relacionada con la del art. 14, § 5 CF. Los miembros del *Poder Ejecutivo* anteriormente citados deben observar obligatoriamente un periodo de compatibilidad de 6 meses cuando decidan concurrir a otros cargos públicos diferentes de los ejercidos en el anterior mandato electivo. Una regla que se aplica extensivamente a aquellos *Prefeitos* que pretendan concurrir al mismo cargo en otro municipio<sup>639</sup>. Esta regla no es de aplicación a los cargos de *Vice-Prefeito*, *Vice-Governador* y *Vice-Presidente*

<sup>636</sup> Vid. TSE Resolução nº. 19.413/01.

<sup>637</sup> Vid. TSE Resolução nº. 21.026/02.

<sup>638</sup> Vid. TSE Resolução nº. 22.529/07.

<sup>639</sup> Vid. Acórdãos TSE n. 22.485, de 9-9-2004, Rel. Min. Peçanha Martins; 21.706, de 1-4-2004, Rel. Min. Carlos Velloso.

anteriormente citados siempre que en los 6 meses anteriores al pleito electoral no hubiese sustituido al titular del cargo.

La interpretación extensiva a los *Prefeitos* es labor jurisprudencial del STF. El Alto Tribunal afirmó que un acto formalmente lícito – el cambio de domicilio electoral – no puede amparar el fraude de ley permitiendo la perpetuación en el poder de una determinada familia. En materia electoral ha de prevalecer siempre el principio republicano según el cual solo es posible ejercer el cargo de *Prefeito* por dos veces consecutivas<sup>640</sup>. Este principio es aplicable igualmente a aquellos *Prefeitos* ya reelegidos que concurren al mismo cargo en Municipio que resulte de la desmembración, incorporación o fusión del mismo. (MENDES, 2011, p. 774).

El objetivo de esta causa de inelegibilidad no es otro que proteger el principio democrático de alternancia en el ejercicio del poder dificultando *in extremis* la posible utilización abusiva y/o fraudulenta de la máquina estatal en favor de los miembros del Gobierno con el objeto de perpetuarse en los cargos públicos. El cargo público únicamente podrá ser reelegido en una ocasión subsecuente. El periodo de compatibilidad de seis meses, garantía en favor de la isonomía formal del proceso electoral, requiere inexcusablemente la ruptura total del mandato electivo a través de acto expreso e inequívoco de renuncia. Para Siqueira Abrão es del todo punto incomprensible que el periodo de compatibilidad no sea exigido igualmente para el art. 14, § 5 CF (SIQUEIRA ABRÃO, 2012, p. 101)

En sentido parcialmente contrario, Guedes alude a que el cargo de *Presidente da República* ni siempre implica solamente las prebendas del poder. En no pocas ocasiones conlleva un peso y desgaste para aquel que lo ejerce. No son infrecuentes los casos de titulares del *Poder Executivo* que no alcanzan un segundo mandato. (GUEDES, 2014, p. 681)

El art. 14, § 7 CF establece causa de inelegibilidad derivada de relación conyugal o parentesco consanguíneo o por adopción hasta el segundo grado<sup>641</sup>. La

<sup>640</sup> Vid. Recurso Especial Eleitoral nº 32.507 – Rel. Eros Grau – j. 17.12.2008.

<sup>641</sup> § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.



inelegibilidad, de carácter relativa, se encuentra geográficamente limitada a la jurisdicción donde el titular del cargo ejerce el mandato electivo. El alcance de tal limitación es concretado por el art. 86 CEB en orden decreciente en función de la menor jerarquía del cargo<sup>642</sup>. Así, si el titular es Presidente de la República la prohibición incluye todos los cargos del País; si se trata de *Governador* la inelegibilidad indirecta se extenderá a todos los cargos de Estado y Municipio. Por último, si el titular es *Prefeito* se extenderá a todos los cargos del mismo sin afectar a otros municipios diferentes. El TSE afirmó que rige igualmente esta prohibición en aquellos casos de formación de nuevo Municipio por incorporación, fusión o desmembración<sup>643</sup>.

Esta causa de inelegibilidad relativa admite determinados matices cuyo alcance material ha sido fijado por la jurisprudencia del TSE y del STF<sup>644</sup>. La primera premisa que opera en materia de inelegibilidad por parentesco es que decaído el impedimento del titular para la reelección no tiene lógica impedir que el cónyuge o pariente pueda disputar el mismo cargo. La única limitación a la misma es que al pariente o cónyuge no le está permitido optar a la reelección por un mandato sucesivo. Una segunda variable dice respecto de posibles alejamientos con anterioridad al fin del mandato por parte de parientes o cónyuges. En este caso no se permitirá nueva postulación por parte de otro familiar<sup>645</sup>.

La ruptura de la convivencia conyugal ha sido tratada igualmente por el TSE y el STF. Uno y otro Tribunal decidieron que la separación o divorcio del cónyuge durante el desempeño del mandato electivo no hace decaer la inelegibilidad de éste para el mismo cargo.

Qué debe entenderse por vínculo conyugal ha sido objeto de interpretación extensiva por parte del TSE. Las nuevas figuras relacionales – la unión estable del art. 226, § 3 CF, las relaciones homoafectivas – reciben un tratamiento similar al otorgado al matrimonio tradicional en caso de ruptura<sup>646</sup>. El raciocinio del Alto Tribunal se

<sup>642</sup> Art. 86. Nas eleições presidenciais, a circunscrição será o País; nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo município.

<sup>643</sup> Vid. TSE – Consulta n° 998 – j. 16/03/2004 – Rel. Peçanha Martins.

<sup>644</sup> Vid., entre otras, las Resoluciones n. 20.931, de 20-11-2001, Rel. Min. García Vieira; n. 20.949, de 6/12/2001, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira; n. 13.885, de 19/8/93, Rel. Min. Marco Aurelio.

<sup>645</sup> Vid. Consultas n. 1.201 y 1.127 TSE.

<sup>646</sup> Recurso Especial Eleitoral n°. 24.564 – Rel. Gilmar Mendes – j. 01.10.2004.

fundamenta en que la ausencia de vínculo formal entre los convivientes no ha de dar lugar a subterfugios en la aplicación de la ley electoral.

Otro supuesto a tener en cuenta a los efectos de esta causa de inelegibilidad es el momento de la ruptura del vínculo afectivo. La disolución del matrimonio, unión estable u homoafectiva ocurrida fuera del periodo del mandato electivo no conlleva la inelegibilidad del concurrente<sup>647</sup>. Por el contrario, las rupturas ocurridas durante el mandato electivo acarrearán causa de inelegibilidad. La amplitud casuística exige prestar atención a otras situaciones análogas con la intención de burlar el espíritu de la ley.

El constituyente establece una excepción en el art. 14, § 7 CF *in fine* en el caso en que el pariente o cónyuge del titular fuese ya titular de mandato electivo y candidato a la reelección. La interpretación de este dispositivo es restringida por obra del STF a los titulares del mandato electivo, quedando excluidos los suplentes<sup>648</sup>. El TSE ha concluido que son elegibles en la circunscripción del titular los parientes consanguíneos o por adopción hasta el segundo grado así como el cónyuge siempre que el titular no se encuentre ejerciendo mandato de reelección y además haya observado el periodo de compatibilidad de 6 meses del art. 14, § 6 CF<sup>649</sup>. Y es que, de acuerdo con Gomes (2011, p. 159) “[...] no es razonable que los parientes de los mandatarios ejecutivos sean inelegibles mientras el titular del mandato se puede reelegir”.

Concluye el elenco constitucional de causas de inelegibilidad el art. 14, § 8 CF cuyas peculiaridades ya han sido objeto de comentario anterior.

La amplitud casuística de inelegibilidades establecidas en el cuerpo de la CF y la intensa labor jurisprudencial del TSE y el STF merecen en líneas generales una valoración positiva. No hay duda que tanto una como otra tienen por objetivo proteger los principios elementales que nortean el Derecho Electoral, dificultando *in extremis* la persistencia de prácticas contrarias al normal ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Corresponde ahora analizar la ampliación casuística de las causas de inelegibilidad establecida en la LC 64/90 y su modificación posterior por la LC 135/2010 de acuerdo al mandato constitucional del art. 14, § 9 CF.

---

<sup>647</sup> En sentido contrario, vid. STF, Súmula Vinculante n.º 18.

<sup>648</sup> Vid. STF – 2ª Turma – Recurso Extraordinario n.º 409.459 – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 20.04.2004.

<sup>649</sup> Vid. art. 15, § 2 Resolução n.º 22.717/08; Consulta n.º 709 – Rel. Jacy Vieira – j. 20.11.2001; Súmula 12 TSE.

#### 4.5.5 Otros supuestos de inelegibilidad: el mandato constitucional del § 9 del art. 14 CF y la Lei Complementar n° 64/90.

##### 4. 5. 5. 1 Consideraciones generales.

La legitimidad del procedimiento electoral en su conjunto requiere garantizar dos libertades elementales: a) La libertad de voto mediante el sufragio universal, libre, directo y secreto; b) La libertad de los electores, posibilitando al Cuerpo Electoral la elección exclusivamente de aquellos candidatos que cumplan determinadas condiciones positivas – condiciones de elegibilidad –, no incurran en las causas legalmente establecidas de inelegibilidad y satisfagan los requisitos del registro de candidatura.

El mandato constitucional de ampliación de las causas de inelegibilidad se concretó en la LC 64/90, la conocida como *lei das inelegibilidades*. El elemento central de la ley gravitaba en torno a la lógica protección de las garantías procesales propias del ámbito penal en la declaración de la inelegibilidad. De entre ellas, destacaba con nombre propio la exigencia de firmeza de la condena penal, de acuerdo a los principios de presunción de inocencia y la eficacia de cosa juzgada para la pérdida y suspensión de los derechos políticos (arts 5, inciso LVII y 15, III, CF respectivamente). Esta regla general contaba con algunas excepciones, como la que hacía referencia al supuesto de rechazo de las cuentas realizadas por órgano auxiliar del *Poder Legislativo*, el *Tribunal de Contas*<sup>650</sup>.

La *lei das inelegibilidades* supuso un primer paso en la lucha contra la endémica corrupción administrativa y electoral del sistema político brasileño. La insistencia de prácticas administrativas y electorales constitutivas de delito puso rápidamente de manifiesto su insuficiencia para contener la corrupción electoral y administrativa<sup>651</sup>. Esta situación motivó la necesidad de repensar el régimen jurídico

<sup>650</sup> Otros supuestos son los establecidos en las letras d), h), j), l), n), p) de la vigente LC 64/90.

<sup>651</sup> “Muchos fueron aquellos que se valieron de la fragilidad de nuestra legislación electoral para renunciar al mandato obtenido por el voto, disponiendo del mismo como si fuese un bien particular, con el vil propósito de impedir el descubrimiento de graves actos de corrupción o fraude. Y la República tuvo que asistir a todo eso inerte, como si todos fuésemos espectadores estupefactos de una comedia de mal gusto”. (SEIDEL *et al*, 2010, p. 194)

otorgado a la inelegibilidad en la doctrina y los poderes públicos, principalmente el Legislativo. Con tal objetivo se aprobó la EC n° 4/94<sup>652</sup>.

Las dos grandes novedades introducidas y calificadas como paradigmáticas fueron: a) El mandato expreso al legislador complementar de proteger los principios de probidad y moralidad administrativa en el ejercicio de cargo público mediante la ampliación de las causas de inelegibilidad. Tales principios adquirirían expresamente naturaleza de parámetros hermenéuticos en el Derecho electoral; b) La consideración de la vida anterior del candidato como parámetro de elegibilidad. Los antecedentes sociales y penales del candidato serían tenidos en cuenta a la hora de comprobar la moralidad del mismo en el registro de la candidatura. La polémica no tardó en aparecer.

4.5.5.2 Los antecedentes de la LC 135/2010: la LC 64/90, la Resolución 22.842/2008 del TSE y la ADPF 144.

La *Lei Complementar 64/90*, reguladora de los supuestos de inelegibilidad infraconstitucionales, establecía en la *alínea “e”* del inciso I del art. 1° la inelegibilidad de aquellos condenados criminalmente mediante sentencia definitiva por la comisión de determinados delitos. El plazo temporal se extendía por tiempo de 3 años tras el cumplimiento de la pena. El parámetro jurídico determinante de la inelegibilidad era, salvo la excepción anteriormente comentada, la firmeza de la sentencia condenatoria penal.

La EC 04/94 del art. 14, § 9 CF introdujo como parámetro de elegibilidad la comprobación de la moralidad de la vida anterior del candidato. Por vida anterior entiende la jurisprudencia del TSE el derecho de los ciudadanos a ser informados de los antecedentes sociales y penales del candidato como criterio elemental de elección<sup>653</sup>. En opinión del propio Tribunal, cualquier posible interpretación sobre el alcance y la

---

<sup>652</sup> En este sentido, Melo Martins (2010, p. 169) afirma: “Lo que se alcanzó de regulación constitucional sobre inelegibilidades, con foco en la probidad administrativa en 1988 fue lo posible en aquel instante y, bien como la Enmienda de Revisión n° 4, de 1994 indicó el camino para que una Lei Complementar estableciese otros casos de inelegibilidad y los plazos de su cesación, a fin de proteger la probidad administrativa. Se esperó un momento más propicio en que el deseo de una sociedad gobernada de forma más proba saliese de la inercia. Salió y generó la Lei da Ficha Limpa. En el Congreso Nacional prevaleció la voluntad popular. El desafío ahora es de interpretación o de ejecución de la nueva Ley”.

<sup>653</sup> Vid. TSE Consulta n° 1120-26.2010.6.00.0000 – Classe 10 – Brasilia – Distrito Federal. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Vid, por todas, ADPF 144.

autoaplicabilidad de la reforma introducida en el art. 14, § 9 CF debería necesariamente tener en cuenta la presunción de inocencia establecida en el art. 5, inciso LVII, CF y el principio de cosa juzgada del art. 15, III, CF para la suspensión y pérdida de derechos políticos.

No puede pasarse por alto que las particularidades del proceso penal, la exigencia de la más amplia defensa, la afección del *status libertatis* y la existencia de cuatro instancias de enjuiciamiento – entre ordinarias y extraordinarias – con múltiples recursos hacían de la firmeza de la condena un proceso especialmente lento. La subordinación de la inelegibilidad de los candidatos a la exigencia de firmeza condenatoria penal consagrada con carácter general en la LC 64/90 volvía poco menos que inefectivo el necesario control judicial de la vida anterior del candidato, de acuerdo con los principios de moralidad y probidad administrativos exigidos por el art. 14, § 9 CF. (MENDES, 2005, p. 3; DOS SANTOS GONÇALVES, 2010, pp. 67-8; TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, 2012, p. 238)

La pretendida autoaplicabilidad del art. 14, § 9 CF pretendía imposibilitar el registro de candidatura de aquellos cuya vida anterior no satisficiera íntegramente el principio de moralidad. El art. 15 LC 64/90 se limitaba a exigir, para impedir el registro de candidatura, sentencia condenatoria firme. Qué dispositivo legal habría de primar fue objeto de pronunciamiento judicial. La Resolución 22.842 del TSE reafirmó la constitucionalidad del art. 1º, I, “d”, “e”, “g” y “h”, de forma que la restricción temporal de la capacidad electoral pasiva requería inexcusablemente de sentencia condenatoria firme de acuerdo a los principios de presunción de inocencia y cosa juzgada (arts. V, inciso LVII y 15, III, CF respectivamente). No cabía la exclusión de candidatos en el momento de registro de la candidatura de no mediar sentencia firme. La aplicabilidad directa del art. 14, § 9 CF quedaba por tanto condicionada a la edición de lei complementar<sup>654</sup>. En esta misma línea se pronunció el STF en el enjuiciamiento de la ADPF 144.

---

<sup>654</sup> En este sentido, el Min. Eros Grau – TSE Consulta 1621/PB – afirmó: “(...) La suposición de que el *Poder Judiciário* pueda, en ausencia de lei complementar, establecer criterios de valoración de la vida anterior de candidatos con el fin de definir situaciones de inelegibilidad importaría la substitución de la ‘presunción de no culpabilidad’ consagrada en el art. 5º, LVII, de la Constitución (‘nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria’) por una ‘presunción de culpabilidad’ contemplada en ningún lugar de la Constitución (cualquier persona podrá ser considerada culpable independientemente de la firmeza de sentencia penal condenatoria)”.

Reiterada jurisprudencia del TSE puso igualmente de manifiesto la incapacidad del Poder Judicial de sustituir al legislador para, en ausencia de *lei complementar*, definir por criterios propios los casos en que la vida anterior del candidato constituya causa de inelegibilidad. El principio invocado en este caso era el de la división funcional del trabajo<sup>655</sup>.

La disconformidad de la *Associação dos Magistrados Brasileiros* (AMB) con el contenido de la citada Resolución dio lugar a la *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* 144. El *petitum* de la Acción solicitaba que en los procesos de registro de candidatura fuese asegurada la efectividad del principio de exigencia de vida anterior compatible debido a la importancia de la representación popular mediante el reconocimiento de la autoaplicabilidad del art. 14, § 9 CF. Dicho con otras palabras: se trataba de posibilitar el que los jueces electorales pudiesen impedir el registro de la candidatura de futuros representantes con procesos judiciales pendientes de sentencia condenatoria firme. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, p. 2; VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 112)

El STF decidió por mayoría – con dos votos contrarios – que el principio de vida anterior del candidato no se sobreponía a la presunción de inocencia hasta la firmeza de la sentencia condenatoria<sup>656</sup>. Dicho con otras palabras: no resultaban inelegibles aquellos ciudadanos cuyas condenas no fuesen penalmente firmes.

La insatisfacción de parte expresiva de la sociedad con una doctrina del STF considerada excesivamente tolerante con los violadores de la ley sería la punta de lanza del movimiento asociativo y ciudadano que finalizó con la aprobación en junio de 2010 de la LC 135/2010, la conocida popularmente como *lei da ficha limpa*<sup>657</sup>.

---

<sup>655</sup> Vid. TSE - RO 1069/RJ – Min. Marco Aurelio.

<sup>656</sup> Vid. ADPF nº 144, Rel. Ministro Celso de Mello, - j. 06/08/2008 - .

<sup>657</sup> Cf. Pinto y Braid Petersen, 2014, p. 3; Roseno de Oliveira, 2010, p. 199.

#### 4.6 LA LC 135/2010: UN NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE INELEGIBILIDAD.

##### 4. 6.1 Notas generales.

La *Lei Complementar* n° 135/10 (en adelante, *lei da ficha limpa*) es la prueba palpable de los beneficios que la democracia participativa trae para el conjunto de la sociedad. Fruto de una iniciativa popular iniciada por la asociación civil *Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral* – conglomerado de 43 entidades representativas de los diferentes sectores sociales –, fue entregada al Presidente de la *Câmara dos Deputados* el 29 de septiembre de 2009<sup>658</sup>. La expresividad del movimiento asociativo fue acompañada de una respuesta ciudadana no menos contundente. La IP fue suscrita por un número muy superior al establecido en el art. 61, § 2° CF – el 1% del electorado nacional equivalente a 1,3 millones de firmas –, llegando a alcanzar los 2, 1 millones de suscriptores<sup>659</sup>.

La publicación de la *lei da ficha limpa* demuestra algunas de las hipótesis planteadas en esta Tesis doctoral. En el cap. I se vio que el modelo democrático liberal viene continuamente afirmando, como si de un mantra se tratase, la conveniente restricción de la participación ciudadana en los asuntos públicos a poco más que el sufragio electoral. La participación política, se dice, ha de ceñirse a la elección de los representantes. Son ellos quienes de forma exclusiva han de iniciar y articular la producción normativa en base a una mayor experiencia y solvencia técnica. La *lei da ficha limpa* viene a desmentir esta “verdad oficial” al demostrar que al ciudadano medio le interesa la política y dispone de la capacidad técnica y organizativa suficiente para intervenir en los asuntos comunitarios. La clave es un diseño institucional que le permita participar en aquellas áreas que, como los derechos fundamentales, son elementales para el desarrollo de la vida en democracia.

La IP, como vimos, es el más idóneo de los instrumentos jurídicos de que dispone la ciudadanía para ejercer los derechos políticos colectivos. En el caso de la *lei da ficha limpa* colocó en la agenda política un tema especialmente sensible e

<sup>658</sup> El proyecto de ley original puede consultarse en [www.mcee.org.br](http://www.mcee.org.br)

<sup>659</sup> Cf. Pinto y Braid Petersen, 2014, p. 1.

insuficientemente atendido por el Poder Legislativo: la idoneidad legal, social y moral de los candidatos encargados de ejercer los mandatos electivos. El objetivo final de la ley no es otro que evitar candidaturas potencialmente peligrosas para el normal funcionamiento del sistema político.

La *lei da ficha limpa* es la expresión de la acción conjunta de la sociedad civil brasileña en favor de la restauración de la ética en la vida política en un país secularmente azotado por la corrupción política<sup>660</sup>. Para un importante sector de la doctrina supone un triunfo innegable de la ciudadanía en el aquilatamiento de la democracia brasileña<sup>661</sup>. A nosotros nos corresponde analizar si este sentimiento general se traduce en la adecuación jurídica de la ley a los diferentes principios y garantías que nortean el ejercicio y la restricción de derechos fundamentales.

#### **4.6.2 Las principales novedades introducidas por la LC 135/2010: la reconfiguración de la naturaleza de la inelegibilidad y la preponderancia de la moralidad y probidad administrativa sobre la presunción de inocencia.**

La polémica que acompañó a la entrada en vigor de la *lei da ficha limpa* motivó la interposición por parte de la OAB y el PPS de la ADC 29 y 30 con el objeto de obtener el pronunciamiento del STF acerca de la constitucionalidad de la nueva ley. Sin solución de continuidad, se interpuso igualmente la ADI 4.578. La homogeneidad sustancial de las acciones motivo el enjuiciamiento conjunto por el Alto Tribunal. El resultado, sobradamente conocido, fue su declaración de constitucionalidad integral<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup>En este sentido, Pinto y Braid Petersen (2014, p. xi) afirman: “La ley de la ficha limpia traduce la más vehemente exigencia hecha por la sociedad de personas comprometidas con la ética y no solo con sus intereses personales para la investidura en el poder político. La necesidad de esa norma y de otras todavía más rigurosas sobre inelegibilidad refleja el profundo déficit en Brasil, en la preparación de la ciudadanía, expresamente exigido en el art. 205 de la Constitución”.

<sup>661</sup>Cf. Réis *et al.*, 2010; Pinto y Braid Petersen, 2014.

<sup>662</sup>Especialmente contundente fue el voto del Min. Joaquín Barbosa sobre la constitucionalidad del art. 1º, I, letras c, d, e, f, g, h, j, k, l, m, n, o, p, q de la LC 64/90 al afirmar: “[...] entiendo que los criterios elegidos por el legislador complementario, criterios estos, vale recordar, nacidos y fomentados en el seno de nuestra sociedad, defendidos y exigidos por movimiento social expresivo, están en perfecta armonía con la Ley Mayor. [...] Así, como ya afirmé varias veces en ese Plenario, analizo la Lei Complementar 135/2010 sobre la óptica de la valorización de la moralidad y la probidad en el trato de la cosa pública, sobre la óptica de la protección del interés público, y no para el fin de protección preferencial a los intereses puramente individuales y privados. En la ponderación entre los valores concernientes a los derechos políticos individuales y los valores referentes a los derechos políticos en su dimensión colectiva, los primeros deben ceder puntualmente en favor de un principio de mayor envergadura constitucional que es la propia democracia y sus mecanismos operativos”.



En marzo de 2012, el STF declaró improcedente la ADI 4.578 propuesta por la OAB, declarando por mayoría la constitucionalidad de las letras del inciso I del art. 1º de la ley. El pronunciamiento, catalogado unánimemente como histórico, reforzó vía hermenéutica el cambio de paradigma que en materia de inelegibilidades trae consigo este cuerpo legal.

4.6.2.1 El art. 1º, I, e) de la *lei da ficha limpa*: reinterpreta los principios cardinales en materia de inelegibilidad.

El grueso de las innovaciones introducidas en materia de inelegibilidad se enuncia en el art. 1º, I, letra e) en los siguientes términos:

Art. 1º São inelegíveis:  
 I – para qualquer cargo: (...)  
 e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (...)

La nueva redacción dada al dispositivo de la LC 64/90 permite, entre otras novedades, declarar inelegibles a aquellos candidatos incurso en procesos penales sin la necesidad de firmeza de la sentencia condenatoria. Dicho en otros términos: la declaración de inelegibilidad puede producirse procesalmente en dos momentos diferentes: mediante sentencia firme o por sentencia emitida por instancias judiciales colegiadas. Se trata de una causa de inelegibilidad infraconstitucional cuya finalidad es la protección de la moralidad en el ejercicio del mandato electivo tomando en cuenta la vida anterior del candidato, como venía exigiendo el art. 14, § 9 CF.

Esta decisión del legislador complementario ha generado una ardua polémica doctrinal sobre la constitucionalidad de la *lei da ficha limpa*. Para algunos juristas, la norma viola el principio de presunción de inocencia y debería haber sido declarada inconstitucional<sup>663</sup>. Para otros, la mayoría, esta ley representa un avance en el proceso

<sup>663</sup> En este sentido, cf. Veloso Peleja Júnior y Teixeira Batista, 2012, p. 114. En sentido similar, *vid.* STF, Informativo 655, 13 a 24.02.2012, pronunciamientos de los Ministros Dias Toffoli y Gilmar Mendes. Disponible en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo655.htm> (último acceso el 07/04/2014)

de reinstauración de la moralidad y probidad administrativa en el ejercicio de los cargos públicos y, por extensión, un fortalecimiento de la propia democracia<sup>664</sup>.

Intentar responder a esta controvertida cuestión exige analizar dos cuestiones igualmente complejas. La primera dice en torno a la naturaleza jurídica de la inelegibilidad – ¿es o no pena? – y, en consecuencia, a la posible ampliación de la presunción de inocencia al ámbito electoral<sup>665</sup>. La segunda gira en torno a la suficiencia de la condena procedente de órgano colegiado para declarar la inelegibilidad en el marco de las garantías procesales indisponibles por el legislador. Dicho con otras palabras: se trata de afirmar o desmentir si la declaración de constitucionalidad de la *lei da ficha limpa* abre un peligroso precedente ante la flexibilización de las necesarias garantías procesales que deben operar en materia sancionatoria.

Sobre la primera de las cuestiones – la inelegibilidad como pena – la doctrina brasileña se ha pronunciado mayoritariamente en sentido negativo. Para Furtado Coelho la inelegibilidad no puede ser considerada pena sino un simple requisito para poder concurrir a las elecciones. El mandato electivo no es propiedad privada del representante ni su fin es el beneficio individual del mismo. Es, por el contrario, un servicio público para el cual ciertos ciudadanos se postulan en atención al bien común. La trascendencia de la labor representativa justifica el que aquellos que no posean una vida anterior social y legalmente compatible con ella han de ser excluidos de la tarea de definir el rumbo de la colectividad. (FURTADO COELHO, 2010, p. 56)

La protección del patrimonio público, bien jurídico dominante, presupone el respeto a los principios elementales de la Administración Pública: la moralidad, la legalidad e impersonalidad. Este grupo de valores constitucionales, dotados de evidente

---

<sup>664</sup> En este sentido, *vid.* STF Informativo 655, votos de los Ministros Luis Fuz, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Ayres Britto. Entre la doctrina, cf. *Réis et al*, 2010; *Réis*, 2012; Pinto y Braid Petersen, 2014.

<sup>665</sup>El diputado José Eduardo Cardozo, relator de la materia en la Comissão de Constituição e Justiça da Câmara afirmó: “Al contrario de lo que ocurre con los principios del debido proceso legal (CF, art. 5º, LIV) y del contradictorio y de la amplia defensa (CF, art. 5º, LV), creemos que al aludido principio de presunción de inocencia no se puede dar interpretación ampliativa capaz de alcanzar toda y cualquier situación restrictiva de derechos derivada de acto jurisdiccional. Su ámbito de aplicación debe estar circunscrito exclusivamente al proceso penal, como, además, resulta directamente de la interpretación literal del dispositivo constitucional que lo acoge. Si no fuese así, salvo mejor juicio, jamás podrían tener cualesquiera sentencias que imponen condenas o sanciones de ámbito material diverso de las del mundo penal la posibilidad de generar eficacia inmediata, lo que contraria por completo las lecciones doctrinales firmadas en el ámbito de nuestra Teoría General del Proceso y nuestras propias reglas de derecho positivo”.

fuerza normativa, tienen la condición de parámetros hermenéuticos de todo el sistema jurídico. (FURTADO COELHO, 2010, p. 56)

En sentido similar se pronuncia Melo Martins, para quien la inelegibilidad tampoco es pena y, por tanto, su aplicación a hechos pretéritos es pacífica. La falta de claridad sobre la naturaleza de la inelegibilidad como pena es según el autor consecuencia de la existencia de institutos jurídicos parecidos pero de naturaleza jurídica diversa (v.g., la suspensión condicional del proceso art. 89 Lei n. 9.099/1995). No debe confundirse la pena de suspensión de los derechos políticos derivada de la condena en firme por actos de improbidad administrativa con la inelegibilidad prevista en la *lei da ficha limpa*. En el primer supuesto, se trata de pena que pune conducta lesiva del patrimonio público. En el segundo, se trata de requisito que pretende evitar que determinadas personas puedan causar perjuicio al patrimonio público al alcanzar los cargos representativos<sup>666</sup>. (MELO MARTINS, 2010, pp. 171-2)

Concluye el autor afirmando que si la inelegibilidad fuese pena, la ley no contemplaría como inelegibles a los parientes de las autoridades del § 3º del art. 1º de la LC 64/90 ya que, de acuerdo al inciso XLV del art. 5º CF, nadie puede ser condenado si no participa o actúa en coautoría. Idéntica conclusión se alcanza en el caso de los analfabetos, inelegibles por imposición de la CF. ¿Cuál sería el motivo de la pena en este supuesto? ¿Cuál sería el bien jurídico protegido por esa inelegibilidad? No cabría dar una respuesta sensata a estas preguntas de entender la inelegibilidad como pena. (MELO MARTINS, 2010, pp. 171-2)

El debate sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley tiene por epicentro el art. 1º, I, letra e). En él se afirma la suficiencia de la decisión proferida por órgano colegiado para ser declarado inelegible. ¿Se viola con ello el principio de la presunción de inocencia del art. 5, inciso LVII CF?

En opinión de Furtado Coelho, la exigencia de sentencia emitida por órgano colegiado tiene por objeto evitar posibles abusos de poder de instancias judiciales monocráticas<sup>667</sup>. Condicionar la inelegibilidad al fallo de un órgano colegiado

<sup>666</sup> En sentido similar, cf. Réis, 2010, p. 37.

<sup>667</sup> En línea similar se pronuncia Adib Casseb (*Apud* Pinto y Braid Petersen, 2014, p. 24) al afirmar: “establecer la inelegibilidad a partir de decisiones no firmes, emanadas genéricamente de órganos judiciales colegiados. Se infiere que la LC n° 135/2010 otorgó mayor importancia al hecho de haber sido

compuesto por magistrados de segundo grado aporta *prima facie* mayor seguridad jurídica que la proveniente de decisiones individuales. Sostiene el mismo autor que la suficiencia de la decisión colegiada tiene por efecto no menos importante la separación del sistema penal – que gravita alrededor de la presunción de inocencia – del sistema electoral al desvincular el impedimento de candidatura de la culpabilidad criminal firme. (FURTADO COELHO, 2010, p. 57)

Para Roseno de Oliveira, el ejercicio de los derechos políticos se orienta sobre principios propios como el de soberanía popular y la democracia representativa. La importancia de tales principios para la legitimidad de origen y continuidad del sistema democrático justifica que el acceso a los mandatos electivos sea denegado a aquellos que de acuerdo con el contenido de la CF – posterior a la EC 04/94 – no ostenten la moralidad adecuada para el ejercicio del cargo. Unos valores que pueden ser definidos a partir de situaciones procesales no consolidadas. Los impedimentos establecidos en el cuerpo de la ley son plenamente razonables en función de los valores a que el legislador primario destinó especial protección a la luz de los requisitos del juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La consecuencia es diáfana: la presunción de inocencia se circunscribe al análisis estrictamente penal al ser las instancias penal y electoral diferentes, obedecer a principios propios y proteger valores diversos. (ROSENO DE OLIVEIRA, 2010, p. 207)

En opinión del mismo autor, impedir candidaturas mediando condena por órgano colegiado no debe ser confundido con culpa o punición anticipada en la ley. Se trata únicamente de proteger la moralidad en el ejercicio del mandato. La condena emitida por órgano judicial colegiado presupone en la mayor parte de los casos juicio realizado por al menos dos instancias judiciales. Cabe diferenciar la esfera penal de la electoral garantizándose que en esta última, al estar orientada por otros principios, sean consideradas situaciones procesales no definitivas como suficientemente adecuadas para generar la inelegibilidad. (ROSENO DE OLIVEIRA, 2010, p. 207)

---

decretada la condena por colegiado que por decisión estable. En efecto, marcan las decisiones colegiadas el debate más intenso, el fortalecimiento de la independencia judicial ( pues un conjunto de jueces permanece menos afecto a presiones externas) y el control recíproco entre magistrados, típico de los actos decisorios colectivos ( ya que cada juez se manifiesta, públicamente, en presencia de los demás), lo que legitima, según la innovadora orden legal, la fijación de inelegibilidad con anterioridad a la firmeza de la condena. Pretendió el legislador preservar el interés político de la sociedad, impidiendo las candidaturas de quien sufrió condena criminal por órgano no monocrático”.

En sentido contrario se pronuncian Peleja Junior y Teixeira Batista. Para ambos autores, el juicio de proporcionalidad entre la presunción de inocencia y la moralidad administrativa ha de inclinarse en favor del primero. La presunción de inocencia consustancia derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier interpretación que busque relativizarlos constituye un peligroso precedente. La eficacia irradiante de los derechos fundamentales los convierte en epicentro axiológico del ordenamiento jurídico. De ello se deriva el que los dispositivos legales hayan de ser interpretados de acuerdo al derecho constitucional debiendo imperar la dignidad humana y la igualdad sustantivas propias del texto constitucional. La eficacia irradiante de la presunción de inocencia posibilita la extensión de tal principio al ámbito electoral en lo atinente a las inelegibilidades. (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, pp. 114-5)

En sentido similar se pronuncia Guedes Bezerra, para quien la citada ley viola el principio de presunción de inocencia al imposibilitar la candidatura de quien todavía no agotó las diversas instancias judiciales que definen el proceso penal. En opinión del propio autor, el legítimo clamor de la ciudadanía brasileña no debe amparar instrumentos de demagogia popular como la propia lei da ficha limpa, de la cual se sirvieron los propios parlamentarios en vísperas de las elecciones de 2010 aun a sabiendas de su inconstitucionalidad. (GUEDES BEZERRA, 2010, p. 2)

En una posición intermedia se encuentra Tostes de Alencar Mascarenhas. Sin afirmar abiertamente la inconstitucionalidad de la ley por violación directa de la presunción de inocencia, coloca el acento en dos cuestiones controvertidas. La primera, la no exigencia en la ley de unanimidad en la decisión del órgano colegiado. Esta circunstancia posibilitaría la declaración de inelegibilidad en el supuesto de “empate” en la posición de la Justicia. La ley, en efecto, admite el que una persona absuelta en primera instancia y condenada mayoritariamente en segunda sea declarada inelegible. Desde el punto de vista político constitucional, que es el que interesa al autor, la decisión de dos magistrados que analizaran el caso – incluyéndose al juez de primera instancia, mejor conocedor del procedimiento – será anulada por decisión de otros dos magistrados. El mínimo compatible con la presunción de inocencia y el principio de doble grado, dice el autor, exigiría: a) El voto condenatorio de la mayoría de los juzgadores participantes del caso; b) El que la condena proceda de la doble instancia.

Dicho con otras palabras: no se precisa la unanimidad condenatoria, pero sí la decisión condenatoria de la primera instancia y la confirmación por la segunda. (TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, 2012, pp. 248-9)

Especialmente sugerente a respecto de las dos cuestiones suscitadas es la posición de Réis. Para el ilustre autor, la *lei da ficha limpa* no es más que la concreción por el legislador del mandato constitucional del art. 14, § 9 CF. Un mandato que tras la EC 04/94 incorporó expresamente al campo de las inelegibilidades el principio constitucional de la protección. La CF fue muy clara al autorizar al *legislador complementar* a restringir la candidatura de aquéllos cuyos antecedentes sociales y penales puedan constituir un riesgo para los valores jurídicos que nortean la inelegibilidad: la moralidad y la probidad administrativa. Se trata de un nuevo paradigma hermenéutico en evidente tensión con el principio de presunción de inocencia. (RÉIS, 2010, pp. 28 y ss; RÉIS, 2012, 261 y ss)

Para el prof. Réis la norma restrictiva de la elegibilidad viene a establecer el *mínimo común denominador* requerido a los aspirantes a cargos electivos. Al delinear negativamente el perfil de éstos, se pretende evitar que el puesto sea ocupado por quien se encuadra en alguna de las hipótesis restrictivas. La inelegibilidad no es ni medida de naturaleza punitivo-criminal ni administrativa. No es sanción de ninguna naturaleza. Se trata de una prohibición de naturaleza preventiva fundamentada en los principios de moralidad y probidad administrativa. (RÉIS, 2010, pp. 28 y ss; RÉIS, 2012, 261 y ss)

La contundencia de la dicción del art. 14, § 9 CF impide la aplicación del art. 15, III CF en materia de inelegibilidad. Para el legislador primario no basta simplemente encontrarse en el pleno gozo de los derechos políticos. Es preciso comprobar la compatibilidad de sus antecedentes sociales y penales con la importancia del cargo a ocupar. Igualmente, no cabe afirmar la mayor gravedad del art. 14, § 9 CF respecto del art. 15, III CF. La suspensión de derechos políticos es una categoría mucho más amplia que la declaración de inelegibilidad, por cuanto ésta compromete el ejercicio de la vertiente activa y pasiva del derecho de sufragio. En consecuencia, la inelegibilidad es una categoría jurídica que en nada se asemeja a los institutos propios del Derecho Penal. (RÉIS, 2010, pp. 28 y ss; RÉIS, 2012, 261 y ss)

El mismo autor cuestiona la aplicabilidad irrestricta de la presunción de inocencia al Derecho Electoral. Vértice de la aplicación de la ley penal, el art. 5º inciso LVII CF carece de eficacia irradiante al ámbito electoral. La inelegibilidad es un hecho jurídico capaz de producir efectos preventivos sobre determinados valores constitucionales expresamente determinados. Ello se explica porque, a diferencia del ámbito penal, en el electoral no es determinante la culpa efectiva del agente. Basta la presencia objetiva comprobada mediante sentencia por parte de órgano colegiado. La tutela jurídica se dirige a fines contrapuestos. En el Derecho penal, el poder del Estado se limita en beneficio del acusado. La libertad, condición natural, sólo puede ser restringida con la observancia plena de las garantías procesales del orden penal. En el Derecho electoral, la inelegibilidad restringe el ejercicio de un derecho individual para proteger un bien jurídico de trascendencia colectiva. La condición de representante es una concesión social a ejercer tan solo por aquellos dignos para tanto. (RÉIS, 2010, pp. 28 y ss; RÉIS, 2012, 261 y ss)

En sentido similar se pronuncia Fernandes Neto, para quien la CF no adoptó las fórmulas tradicionales de la presunción de inocencia. Un hecho, nos dice el autor, del cual se derivan limitaciones inmanentes destinadas al sistema jurídico de Derecho Penal y Procesal Penal. La presunción de inocencia no puede ser invocada, *ipso facto*, en el sistema jurídico propio del Derecho Electoral. El Derecho es, dice el autor, un complejo sistema de subsistemas y cada uno de ellos posee su propia *princiología*. La positivación de la inelegibilidad en el Derecho Electoral dio origen a un subsistema propio con *princiología* propia de génesis constitucional. La categoría jurídica principio debe diferenciarse de la de presunción. La presunción de inocencia, concebida como principio en el inciso LVII del art. 5º CF, viene siendo entendida equivocadamente como derecho absoluto o presunción *iuris et de iure*, no siendo ni una cosa ni la otra. La inexistencia de derechos absolutos – ni siquiera el derecho a la vida lo es – imposibilita la inexistencia de principios igualmente absolutos como el de presunción de inocencia. De ello se deriva la naturaleza *juris tantum* de la presunción de inocencia que, al ser relativa, admite prueba en contrario y posee límites inmanentes entre los cuales se encuentra su aplicación exclusiva al Derecho Penal y Procesal Penal. (FERNANDES NETO, 2010. pp. 28 y ss)

La jurisprudencia del STF niega, mayoritariamente, la aplicación de la presunción de inocencia al ámbito electoral. Su aplicación se restringe al derecho penal y al proceso penal. Otros deben ser los principios que protejan los fines del Derecho Electoral. El Min. Luiz Fux adujo que el contexto político de plena crisis del sistema representativo y el clamor social por la moralización del ejercicio del mandato electivo justifica repensar los institutos por parte de la Corte Suprema. La interpretación realizada en la ADPF 144 es hoy día excesiva al posibilitar en el ámbito electoral excesos injustificables frente a las exigencias impuestas por la moralidad. La presunción de inocencia ha de ser relativizada y adecuada a los fines de la *lei da ficha limpa*. El esmero del legislador en la fijación de las hipótesis de inelegibilidad evita posibles persecuciones políticas<sup>668</sup>.

Especialmente acertado nos parece el voto de la Ministra Rosa Weber sobre la naturaleza y alcance de la presunción de inocencia. El principio de presunción, dijo, no puede ser comprendido como una garantía oponible hasta la firmeza de la sentencia. Se trata de un principio relativo, no absoluto. Sus efectos son limitados a la esfera penal. En la esfera electoral prevalecen la protección del derecho público y la probidad. Igualmente, se añade la garantía de juicio por órgano colegiado y la posibilidad de la suspensión de eventuales irregularidades posibilitada por la suspensión cautelar de las inelegibilidades del art. 26-C<sup>669</sup>.

En sentido contrario, Gilmar Mendes negó la posibilidad de relativizar principios constitucionales para atender peticiones sociales al tener estas sus propias vías factuales: el voto, la elección de los candidatos en el ámbito de los partidos políticos y el control de las candidaturas por los ciudadanos electores, ciudadanos candidatos y partidos políticos<sup>670</sup>. Una posición – la de afirmar la eficacia de los procesos electivos internos como mecanismo de control y selección de los candidatos más probos – que no podemos compartir. Como se probará en el siguiente capítulo, ni la

---

<sup>668</sup> Vid. Informativo STF 655, 13 a 22/02/2012.

<sup>669</sup> Vid. Informativo STF 655, 13 a 22/02/2012. [Art. 26-C](#). O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d, e, h, j, l e n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

<sup>670</sup> Vid. Informativo 655, STF, 13 a 24.02.2012.



legislación vigente en materia de partidos ni los Estatutos partidistas permiten hacer una afirmación tan rotunda.

Tanto la mayor parte de la doctrina como de los miembros del STF afirman la constitucionalidad de la ley por diferentes motivos. Un posicionamiento que compartimos plenamente y que exponemos a continuación.

La naturaleza de la inelegibilidad no tiene, de acuerdo con Réis, carácter punitivo o administrativo. Ni tan siquiera tiene carácter de sanción. Es simplemente un requisito objetivo a exigir a aquellos candidatos cuyo cumplimiento se verifica teniendo en cuenta los antecedentes sociales y penales. La inelegibilidad tiene carácter eminentemente preventivo y su finalidad, de acuerdo a la voluntad expresamente definida por el legislador primario tras la reforma 04/94, es la protección expresa del principio de probidad administrativa.

La idoneidad registral del candidato puede considerarse un derecho del Cuerpo Electoral a disponer de información relevante para decidir quién va a ocupar las instituciones representativas. Los mandatos electivos han de ser ejercidos exclusivamente por aquellos ciudadanos no incurso en las causas de inelegibilidad que los convierten objetivamente en sujetos potencialmente peligrosos para el normal funcionamiento de las instituciones representativas. La inelegibilidad no es consecuencia de la posible responsabilidad criminal subjetiva del candidato – que solo interesa a la Justicia Penal – sino de la existencia de pronunciamiento judicial condenatorio. La clave de bóveda es la objetividad y razonabilidad del legislador a la hora de establecer los supuestos de hecho que motivan la inelegibilidad.

De la afirmación anterior se infiere que se niegue que el art. 1, I, e) viole el principio de presunción de inocencia. Nadie puede dudar seriamente de la condición de la presunción de inocencia como principio elemental de cualquier Estado democrático. Es, junto a otros principios, vértice hermenéutico de la aplicación de la ley penal. No obstante, no ha de condicionar la aplicabilidad de la inelegibilidad. El Derecho electoral tiene independencia principiológica respecto del ámbito penal (art. 14, § 9 CF). Los bienes jurídicos primarios son la protección de la moral, la probidad administrativa y la legitimidad y normalidad de los procesos electorales por decisión expresa del legislador mediante la EC 04/94. Si éste hubiera querido que siguiese prevaleciendo el criterio de

la firmeza judicial no hubiera introducido el principio de la protección y, en consecuencia, seguiría rigiendo la presunción de inocencia del art. 5, inciso LVII<sup>671</sup>. De forma análoga al entendimiento de la causa de inelegibilidad establecida en el art. 6.2b) LOREG, se entiende que la presunción de inocencia tiene en este caso carácter de “verdad interina”. Por tanto, es susceptible de ser relativizada mediante sentencia proferida por órgano colegiado.

El diseño legislativo es plenamente respetuoso con los criterios propios del juicio de proporcionalidad. La exigencia de enjuiciamiento y condena por órgano colegiado cumple con las mínimas garantías procesales exigibles – contradicción y amplia defensa –<sup>672</sup>. No exige la *lei da ficha limpa* que la condena criminal haya sido definida en segundo grado de jurisdicción. Es suficiente con que no haya sido emitida por magistrado singular salvo que la misma tuviese carácter definitivo.

En segundo lugar la inelegibilidad únicamente se deriva de la comisión de crímenes dolosos. Quedan excluidas aquellas conductas pertenecientes a la esfera penal privada y dotadas de menor relevancia social (art. 1º, § 4 LC 64/90). La exclusión de las acciones penales de carácter privado busca evitar accionar el aparato judicial con el objetivo de colocar candidaturas en riesgo infundadamente. De igual forma, han sido excluidas eventuales condenas provenientes de acciones privadas. Ni tan siquiera acciones penales subsidiarias de acción pública pueden dar lugar a condena que genere la inelegibilidad prevista en el dispositivo legal aquí analizado. La exigencia de acción de naturaleza pública garantiza igualmente la sumisión de la demanda al inestimable juicio de oportunidad del *Ministério Público*. (RÉIS, 2012, pp. 263-4)

Especial interés tiene el art. 26- C que dice así

Art. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas d, e, h, j, l e n do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

De su lectura se infiere sin mayor problema que nos encontramos ante una garantía adicional que minimiza el potencial lesivo del art. 1, Iº, letra e). El legislador,

<sup>671</sup> En sentido similar, cf. Feu Rosa, 2010, p. 280.

<sup>672</sup> Por órgano colegiado se entiende todo grupo de magistrados encargados de emitir pronunciamiento en materia criminal, incluyéndose todos los tribunales así como el *Tribunal do Júri Popular*.

plenamente consciente de la necesidad de respetar la proporcionalidad que ha de rodear a toda decisión restrictiva de derechos fundamentales, posibilitó al declarado inelegible recurrir la decisión inhabilitante de darse dos requisitos: a) Existir un mínimo de fundamentación en la petición. El pedido no es de suspensión de la inelegibilidad, sino de prohibición de que la sentencia impugnada sea tenida en cuenta como mácula a la vida anterior del candidato. La suspensión de la inelegibilidad es efecto del pronunciamiento cautelar<sup>673</sup>; b) Haber requerido la suspensión en el plazo preclusivo establecido al efecto. Quedan descartadas las concesiones *ex officio* de la suspensión de inelegibilidad.

La suspensión de la inelegibilidad dependerá en gran medida de la comprobación de dos requisitos legales de la medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Éste último quedará demostrado con la proximidad del pleito, ante la irreversibilidad del daño que supondría el impedir ejercer el derecho de participación en las elecciones. Más complejo se presenta el demostrar la existencia de *fumus boni iuris* en sede de conocimiento sumario. No hay como negar que el agotamiento de la vía ordinaria y la prohibición de análisis de la materia de hecho son circunstancias que inevitablemente debilitan el sustrato de la concesión de la medida cautelar pretendida. En el caso analizado, la letra e), cuando se trate de análisis del hecho en vía de recurso no será infrecuente el óbice de reexaminar la materia fáctica. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 171)

La concesión de la suspensión cautelar de la inelegibilidad es, de acuerdo a la lógica procesal precedente, competencia exclusiva del órgano colegiado que dictó la sentencia condenatoria. No se entendería el que la misma dependiese de decisión judicial monocrática. Ha de ser por tanto un acto forzosamente colegiado. Únicamente puede admitirse con carácter excepcional la concesión de suspensión cautelar otorgada por el Relator del recurso, siempre y cuando la decisión sea sometida *ipso facto* a decisión colegiada<sup>674</sup>.

El *iter procesal* del recurso se basa en los principios de preferencia y sumariedad de acuerdo al carácter perentorio del derecho en liza. El art. 26-C, § 1 establece que tendrá carácter prioritario respecto de cualquier recurso a excepción del

---

<sup>673</sup> Vid. TSE Consulta n° 1147- 09.2010.6.00.0000/DF.

<sup>674</sup> Vid. Questão de Ordem n° 142085 – Rel. Marcelo Ribeiro – j. 22.06.2010.

*mandado de segurança* y el procedimiento de *habeas corpus*. El art. 26-C, § 2 define los efectos de la improcedencia del recurso: la invalidez del registro o diploma eventualmente concedidos al recurrente y, siendo el caso, con los efectos reflejos de la nulidad de los votos y de la elección (art 224 CEB). *A sensu contrario*, de ser otorgada la medida cautelar el tribunal reconocerá que la condena no ha de ser considerada documento válido que afecte a la moralidad del candidato hasta la finalización del recurso. Concluye el § 3 del art. 26-C estableciendo la revocación del efecto suspensivo de la inelegibilidad ante actitudes manifiestamente entorpecedoras de la irrenunciable celeridad procesal<sup>675</sup>. La revocación de la suspensión es igualmente acto colegiado que impide su concesión por un único miembro de la Corte revisora.

La expresión “suspensión de la inelegibilidad” del art. 26-C es objeto de interpretación doctrinal por parte de Furtado Coelho y Réis acerca del órgano judicial competente para su declaración. Para ambos autores el art. 121, § 4, III CF, que versa sobre los recursos en el ámbito de la *Justiça Eleitoral*, fija la inelegibilidad como materia de competencia de este ramo de la justicia. Hay que diferenciar dos situaciones: a) Cuando el acto ilícito motivador de la condena tiene naturaleza electoral será la propia *JE* la que declarará la inelegibilidad; b) En los demás casos, la justicia común podrá dejar sin efecto el acuerdo condenatorio a efectos de preservar la vida anterior del candidato. Por vía indirecta no cabría impedir la candidatura. Todavía será competencia de la *JE* el decidir sobre la permanencia o no de la situación de inelegible de acuerdo a la clausula constitucional de reserva de competencias. (FURTADO COELHO; RÉIS, 2010, pp. 251-2)

Para López Zilio, la atribución de la competencia para declarar la inelegibilidad al órgano judicial común puede ser considerada una peligrosa interferencia en cuestiones que por su peculiar naturaleza están estrictamente vinculadas al ámbito electoral. La realidad de la materia electoral se guía por pautas y principios específicos ajenos al cotidiano del juez común que pueden dar lugar en situaciones puntuales a

---

<sup>675</sup> En este sentido, Pinto y Braid Petersen (2014, p. 185) afirman: “La previsión de revocación de la medida cautelar en el caso de práctica comprobado de actos destinados a mantener la suspensión de la inelegibilidad por tiempo indefinido fue otra providencia de carácter moralizador traída por la Ley Complementar n° 135/2010. El legislador reafirmó en los arts. 26-B, § 3 y 26-C la necesidad de celeridad en la conclusión de los procesos en los cuales se apura abuso de poder económico, político y otorgada la suspensión de inelegibilidad por condena de órgano judicial colegiado”.

perjuicios irreversibles ante el uso inadecuado de la medida cautelar prevista. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 170)

La redacción dada al art. 26-C por la *lei da ficha limpa* ha de considerarse, más allá de las incertidumbres aquí puestas de manifiesto, una afortunada innovación que permite compatibilizar el principio de probidad administrativa del art. 14, § 9 CF con la necesaria protección de derechos individuales al permitir al candidato accionar mecanismos jurisdiccionales que puedan dejar sin efecto posibles condenas abusivas. Quedan equilibrados los dos principales intereses jurídicos en liza: la exigencia del perfeccionamiento de las barreras electorales a aquellos con un histórico contrario a los parámetros de moralidad dispuestos por el legislador y la necesaria protección de los derechos individuales. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, p. 25; RÉIS, 2010, p. 45; 2012, pp. 290 y ss)

#### 4.6.2.2 Otras novedades materiales y procesales de la LC 135/2010.

El catálogo de novedades que la *lei da ficha limpa* ha traído consigo no se agota en las consideraciones anteriores, afectando igualmente al ámbito material y garantías procesales. Veamos unas y otras detenidamente.

El art. 1º, I, letra e) se aplica a las decisiones provenientes de órgano judicial colegiado en las cuales se reconozca el abuso de poder y la corrupción electoral, un género del cual son especie la captación ilícita de sufragio, la ilicitud de la recaudación y gastos de campaña electoral y la práctica de conductas prohibidas en la Administración Pública en el periodo electoral susceptibles de casación de mandato. Forman parte de este ámbito las condenas por improbidad administrativa en las cuales se pruebe dolo, lesión al patrimonio público y enriquecimiento ilícito, así como las condenas penales por crímenes contra la administración pública, la vida, tráfico de estupefacientes, los considerados hediondos y los electorales, entre otros.

La existencia de dolo para la declaración de inelegibilidad no ha de entenderse análoga a la que rige en el ámbito penal. El Derecho electoral se rige por principios procesales propios. La celeridad y, consecuentemente, la reducida instrucción probatoria imposibilitan la aplicación del dolo de forma análoga al ámbito penal. Esa ha de ser la

interpretación dentro del sistema de Derecho Electoral, ante el riesgo de tornar inaplicable la norma que declara la inelegibilidad. (FURTADO COELHO, 2010, p. 59)

Fuera del ámbito del art. 1, I, letra e) quedan las acciones penales privadas o públicas relativas a crímenes culposos o de menor potencial ofensivo. Por acciones privadas deben entenderse aquellas consideradas personalísimas y cuya puesta en marcha depende únicamente de la potestad del ofendido. Por crimen de menor potencial lesivo se entienden aquellos cuya pena en abstracto sea inferior a dos años (art. 61 *lei* n. 9.099/95)<sup>676</sup>. En el caso de los crímenes de abuso de autoridad – todos de menor potencial lesivo –, la pérdida del cargo o la inhabilitación para el ejercicio de la función pública llevarán aparejada la inelegibilidad.

La exigencia de relevancia social indubitada a la conducta punible con la inelegibilidad demuestra que el legislador ha sido bien cauteloso a la hora de evitar posibles usos temerarios del aparato jurisdiccional. Se abre con ello la posibilidad de que el gestor público pruebe que no practicó, por acción u omisión, acto contrario a la legalidad y moralidad requerida en materia de inelegibilidad.

La *lei da ficha limpa* ha ampliado el elenco material de hipótesis que motivan la inelegibilidad del candidato. Concretamente, pueden diferenciarse los siguientes seis grupos: 1) Las condenas criminales del art. 1º, I, d, e, h, j, l, n, p, q; 2) El rechazo de las cuentas de gobierno y de gestión del art. 1º, I, g; 3) La pérdida de cargo electivo o efectivamente provisto del art. 1º, I, b, c, f, o, q; 4) La renuncia a cargo electivo ante la inminencia de instauración de proceso para la pérdida de mandato del art. 1º, I, k; 5) La exclusión del ejercicio de profesión por infracción del deber ético-profesional; 6) La responsabilidad por liquidación judicial o extrajudicial de establecimiento de crédito, financiamiento o seguro del art. 1º, I, i.<sup>677</sup>

En este sentido, Neira de Moraes apunta, y aquí nos limitamos a reproducir su cuestionamiento ante la inexistencia de un horizonte temporal prolongado en la aplicación de la ley, el hecho de que la ampliación de los supuestos de inelegibilidad realizada por la ley no termine resultando en la transferencia al Poder Judicial y otros

<sup>676</sup>Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

<sup>677</sup> Cf. Pinto y Braid Petersen, 2014, p. 26.

órganos de responsabilidades y atribuciones que en democracia han de corresponder a los electores. En opinión de la autora, la decisión no definitiva puede disminuir la esfera de ejercicio de la soberanía popular por el electorado al retirar precipitadamente a candidatos, inclusive los favoritos en las encuestas electorales, de la competición electoral. Es cuestionable si el poder judicial, aun cuando una sentencia no definitiva es mucho más que un juicio de opinión, no está siendo llamado a decidir cuestiones que deberían permanecer en la esfera política. (NEIARA DE MORAES *apud* TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, 2012, p. 252)

Otra innovación relevante introducida en el art. 1º, I, e) ha sido la ampliación del plazo de inelegibilidad de 3 a 8 años tras el cumplimiento de la pena<sup>678</sup>. La regla general es que habiendo sentencia emitida por órgano colegiado se produce la inelegibilidad a excepción del supuesto en que la decisión condenatoria definitiva se dé frente a la instancia inferior. En esta última hipótesis el cómputo de la inelegibilidad ha de iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia<sup>679</sup>.

El cómputo del plazo de inelegibilidad ha de ser interpretado a la luz del art. 15, III CF, que determina la suspensión de los derechos políticos una vez declarada la firmeza de la sentencia condenatoria. La medida suspensiva perdura hasta el cumplimiento o extinción de la pena. Solamente tras darse una u otra circunstancia incidirá el plazo restante de la inelegibilidad declarada anteriormente por el órgano judicial colegiado. La expresión “cumplimiento de la pena” del art. 1º, I, e) abarca igualmente a la extinción de la pena como marco para el cómputo de la inelegibilidad. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 184; RÉIS, 2012, pp. 264-6)

Dicho en otros términos: el inicio del plazo temporal de inelegibilidad comienza una vez tomada la decisión por el órgano colegiado. Su duración total es la resultante de los siguientes lapsos de tiempo: a) De la decisión del órgano colegiado hasta la firmeza de la condena; b) De la firmeza penal hasta el cumplimiento de la pena o extinción de la punibilidad; c) El plazo de 8 años a partir de este momento<sup>680</sup>.

---

<sup>678</sup> Art. 1º, I, e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes [...].

<sup>679</sup> Cf. López Zilio, 2012, p. 184.

<sup>680</sup> Cf. Viera Sanseverino, 2010, pp. 157-8.

En opinión de Dos Santos Gonçalves, se trata de causa de inelegibilidad absoluta inalterable en aquellos casos en que el periodo de 8 años cesase entre el momento de registro de la candidatura y la celebración de las elecciones. No resulta de aplicación el § 10 del art. 11 de la ley n. 9.504/1997 al tratarse de inelegibilidad con plazo cierto y determinado<sup>681</sup>. (DOS SANTOS GONÇALVES, 2010, p. 69)

La nueva redacción del art. 15 cambia por completo la sistemática dispensada en materia de inelegibilidad en el Derecho Electoral brasileño. La redacción original dada al art. 15 de la LC 64/90 posibilitaba que el candidato condenado se mantuviese en la disputa electoral en cuanto la sentencia condenatoria no fuera firme. La redacción vigente ha trastocado por completo este estado de cosas al permitir la cancelación del registro de candidatura o la declaración de nulidad del diploma sin la necesidad de la firmeza condenatoria<sup>682</sup>.

La redacción del artículo abre lugar a una posible laguna: ¿qué ocurre en el caso que la decisión condenatoria recaiga sobre aquél representante ya en el ejercicio de sus funciones representativas? Para Pinto y Braid Petersen, debe prevalecer una interpretación teleológica del art 15 basada en los principios de la moralidad administrativa, razonabilidad e isonomía material, todos ellos constitucionales. El apartamiento del ejercicio del mandato de los “fichas sucias” elegidos ha de prevalecer ya que, a raíz de esa condición, ni tan siquiera podrían registrar su candidatura o serles otorgado el diploma. La nulidad del diploma inhabilita al representante para continuar en el ejercicio del mandato electivo. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, p. 175)

Cierra el catálogo de innovaciones aquí analizado la nueva redacción dada al art. 22, XIV y XV. Una modificación con gran impacto para la extensión de los efectos de la *Ação de Investigação Judicial Eleitoral* (en adelante, AIJE). La redacción original dada al inciso XIV permitía únicamente la casación del registro del candidato directamente beneficiado. La AIJE se mostraba ineficaz para producir la pérdida del

---

<sup>681</sup> Art. 11, § 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

<sup>682</sup> “Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.”



diploma del candidato ya electo. Esta posibilidad se hacía depender de la procedencia de la *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo* (en adelante, AIME) o *Recurso Contra a Diplomação* (en adelante, RCD). Gracias a la nueva redacción dada al inciso XIV, la AIJE extiende sus efectos al momento posterior a la elección, posibilitando la casación del candidato en posesión de diploma electivo<sup>683</sup>.

La nueva redacción del inciso XVI establece nuevos parámetros que buscan dificultar el abuso de poder en la disputa electoral. En la redacción original, el citado inciso exigía la comprobación fáctica de la influencia de la conducta desplegada en el ilícito electoral. En su redacción vigente, pasa a exigir para fines de configuración del abuso de poder únicamente la gravedad de las circunstancias del caso concreto<sup>684</sup>. El legislador, al desvincular su aplicación de la comprobación fáctica de la influencia del mismo en el resultado electoral final, ha reforzado la efectividad de la norma represora del abuso de poder en la disputa electoral.

Dicho en otros términos: la norma en cuestión desprecia la potencialidad de la conducta ilícita, valorando apenas la configuración de la gravedad de la violación para punir la conducta abusiva. La indeterminación jurídica del término “gravedad” exige del órgano enjuiciador, de cara a evitar posibles excesos en la aplicación de sanción de tal magnitud, la ponderación de intereses en liza mediante el juicio de proporcionalidad. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, pp. 77 y ss)

4.6.2.3 Balance global de la LC 135/2010: una ley muy necesaria para el fortalecimiento de la democracia.

La *lei da ficha limpa* es el producto de la reacción de la sociedad civil frente a diversos males políticos, jurídicos y sociales fuertemente enraizados en Brasil: la

---

<sup>683</sup>Art. 22, **XIV** - julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

<sup>684</sup> Art. 22. **XVI** - para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

secular corrupción política en las instituciones públicas<sup>685</sup>, la ineficiencia del Poder Legislativo en establecer marcos jurídicos eficientes para combatirla y una sociedad hastiada de sufrir directamente las consecuencias de tan lamentables prácticas políticas<sup>686</sup>. Un dato empírico revelador de la oportunidad de esta ley es que en 2010 el 40% de los integrantes del *Congreso Nacional* o bien eran reos o bien habían sido condenados por delitos graves por el *Poder Judicial* o por el *Tribunal de Contas*<sup>687</sup>.

En este insostenible escenario, diversas organizaciones procedentes de otros tantos sectores sociales y profesionales se organizaron para dar una respuesta jurídica que viniese a colmar la inadmisibile inactividad y desidia del *Congreso Nacional*. El medio elegido no fue otro que la iniciativa popular. Vencidas las innúmeras resistencias, trabas y dificultades procedimentales establecidas por el actual marco normativo, el debate doctrinal y jurisprudencial tuvo por epicentro la presunta inconstitucionalidad de la ley al violar el principio de presunción de inocencia del art. 5, inciso LVII.

La afrenta al art. 5, inciso LVII se fundamenta en una concepción errónea del alcance del principio de inocencia en materia electoral. El principio cardinal en materia electoral ¡por expreso deseo del legislador reformador! es el principio de la moralidad y probidad administrativa. La presunción de inocencia, aun siendo un principio cardinal del ordenamiento jurídico en su conjunto, no puede ser aplicada analógicamente al ámbito electoral ante la diversidad de bienes jurídicos protegidos en una y otra esfera. Dicho con otras palabras: la no culpabilidad del Derecho Penal no puede ser aplicada análogamente al Derecho Electoral. El *legislador complementario* entendió que la concreción de la protección de la probidad y moralidad administrativa se da no habiendo, en los casos establecidos *in legem*, sentencia firme.<sup>688</sup>

---

<sup>685</sup> En este sentido, Ghizzo Neto (2010, p. 298) afirma: “El fenómeno de la corrupción en Brasil y sus consecuencias nefastas para el Estado Democrático de Derecho deben ser comprendidos a partir de la propia sociedad brasileña. A diferencia de sociedades políticamente organizadas, estructuradas por la racionalización de la acción política y administrativa – con mecanismos de control eficientes y capaces de imponer punición ejemplar a los infractores –, en Brasil los mecanismos legales de fiscalización y control no se prestan efectivamente a los objetivos oficiales a que se destinan, sirviendo como mera formalidad para justificar prácticas corruptas institucionalizadas”.

<sup>686</sup> En este sentido, Feu Rosa (2010, p. 271-2) afirma: “Es aun más triste que esa legislación [la *lei da ficha limpa*] apenas fue posible en función de una fuerte movilización popular. Además, suprema tristeza: su compañera, la única ley eficaz contra el abuso de poder económico en las elecciones, tuvo el mismo origen: ¡las calles! ¡Sí, este es el importante e irretrasable debate que se impone! ¿Hace cuanto que andan las instituciones del país en estas condiciones?”

<sup>687</sup> Cf. Feu Rosa, 2010, p. 272.

<sup>688</sup> En sentido similar, López Zilio (2012, p. 183) afirma: “Conforme se vislumbra del nuevo diploma normativo, el legislador estableció un criterio de colmatación de la “vida anterior” dissociada del ámbito

La técnica legislativa empleada es suficientemente garantista y proporcionada con los diferentes bienes jurídicos en tensión: los derechos individuales del candidato enjuiciado – Derecho penal y el derecho a la libertad y la no culpabilidad – y los derechos políticos colectivos – Derecho electoral y el derecho a la protección de la probidad administrativa y la moralidad para el ejercicio del mandato –. Resulta lícito que el legislador se haya decantado por hacer prevalecer el derecho colectivo que la sociedad tiene a que los futuros representantes públicos demuestren cumplir los estándares legales establecidos en materia de moralidad y probidad administrativa frente al derecho individual del candidato que presente condenas firmes o emitidas por órgano colegiado.

En definitiva, la *lei da ficha limpa* debe ser entendida como un nuevo marco normativo en materia de Derecho Electoral a través del cual se da adecuado cumplimiento al mandato del art. 14, § 9 CF. El objetivo final es establecer otros supuestos de inelegibilidad que contribuyan a mejorar el funcionamiento de las instituciones públicas, impidiendo la llegada o permanencia en el poder de aquellos candidatos cuyos antecedentes sociales y/ o penales sean susceptibles de violentar el normal funcionamiento de las instituciones.<sup>689</sup>

Que la *lei da ficha limpa* es *conditio sine qua non* para incrementar la efectividad de la lucha contra la corrupción electoral y política no admite dudas. La idoneidad global de la misma no ha de conducir al error de atribuirle la capacidad de acabar por sí sola con este mal endémico. Este nuevo marco legal introduce nuevas interrogantes que precisarán de una reflexión jurídica pausada una vez haya pasado por

---

exclusivamente penal. Dicho de otro modo, el legislador no adoptó el principio de la presunción constitucional de inocencia como directriz a ser observada para el cumplimiento de las condiciones de acceso al mandato electivo, hasta por que el propio constituyente establece la necesidad de proteger la probidad administrativa y la moralidad para el ejercicio del mandato. En este punto, conviene reforzar que es dado al legislador, en el ejercicio de su atribución constitucional, catalogar lo que entiende como suficiente para la protección de los bienes jurídicos tutelados en la esfera electoral, siendo perfectamente lícita la opción por un concepto más elástico de que el adoptado para la protección del Derecho Penal, a pesar de su carácter fragmentario y subsidiario. No está demás consignar que el principio de presunción de inocencia no puede – y no debe – recibir una interpretación necesariamente unívoca, en la medida en que el Derecho Penal y el Derecho Electoral, inequívocamente, protegen bienes jurídicos diversos”.

<sup>689</sup> Sobre los cambios de paradigma introducidos por la LC 135/10, Furtado Coelho (2010, p. 55) afirma: “Inelegibilidad, en definitiva, se distancia del concepto de pena, permitiéndose su reconocimiento sin el requisito de firmeza de la sentencia condenatoria. El abuso de poder no depende más de la presencia de potencialidad para influenciar en el resultado de las elecciones, bastando el requisito de la gravedad de las circunstancias. La presencia de dolo, aun con las peculiaridades electorales, se vuelve criterio de comprobación de la inelegibilidad. He aquí tres alteraciones estructurales del Derecho Electoral”.

el tamiz de su uso prolongado. Nos limitamos en este momento a afirmar que debe evitarse del todo punto la asociación automática del candidato que cumpla las exigencias de dicha ley con una suerte de “candidato de calidad”. La ley ni evitó – ni podría haberlo hecho – el que candidatos con problemas en la Justicia, como investigaciones y acciones todavía no juzgadas al iniciarse la campaña electoral, dejaren de serlo. La polarización que la ley puede introducir – ficha limpa vs ficha suja – podría abrir la puerta a la equiparación a efectos de idoneidad legal de estos políticos con aquellos que efectivamente tienen una conducta irreprochable. (NEIARA DE MORAES *apud* TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, 2012, pp. 251-2)

La representación política es, y no debe perderse de vista esta realidad, un fenómeno jurídicamente multidisciplinar cuya regulación normativa no depende exclusivamente del Derecho Electoral. En ella infiere igualmente y en buen grado el estado del arte del denominado *Derecho de Partidos*. Los procesos de designación de los candidatos son competencia exclusiva de los partidos políticos. A ellos y solo a ellos les compete la confección de las listas presentadas al Cuerpo Electoral de las que saldrán elegidos los futuros representantes políticos. Los criterios de selección de los candidatos *intra* partidos se revelan como el primer dique de contención del mal de la corrupción política. En este sentido, las prácticas políticas *intra* partidos rebelan insistentemente que en la elección de los candidatos electorales pesan más la lealtad y la confianza que la capacidad y el mérito. La cooptación se impone a la elección interna competitiva. La normalización de estas prácticas escasamente democráticas se ha visto reforzada por un marco jurídico francamente laxo en materia de democracia interna. El legislador entiende que la democratización interna de los partidos es poco menos que materia *interna corporis*, ámbito dotado de un grado de discrecionalidad poco menos que absoluto.

La ansiada recuperación de la ética en la vida política depende, entre otras medidas, de la instauración de marcos normativos mínimamente eficientes en materia de Derecho Electoral y de Derecho de Partidos. El legislador democrático ha cumplido satisfactoriamente en materia electoral. No puede decirse lo mismo en materia de partidos. Urge reformar la Ley de Partidos con el objetivo de garantizar legalmente los derechos de participación de los afiliados y la igualdad de oportunidades en los procesos electivos partidistas. Imponer *ope legis* criterios mínimamente garantistas en las dos

instancias de los procesos de elección de los representantes políticos – intrapartidista y electoral – traerá consigo indudables beneficios para el saneamiento de las instituciones democráticas y, no menos importante, la recuperación de la credibilidad ciudadana en las instituciones. A la demostración de esta afirmación dedicaremos el siguiente capítulo.

#### 4.7 LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y RESTITUCIÓN DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA: La Justiça Eleitoral y las acciones y Recursos electorales.

##### **4.7.1. Las garantías orgánicas del derecho de sufragio: la Justiça Eleitoral.**

###### 4.7.1.1 Notas generales.

La *Justiça Eleitoral* (en adelante *JE*) se encuentra regulada en la Sección VI del Cap. III, Título IV CF, bajo la expresión “Dos Tribunais e Juizes Eleitorais” (arts. 118 a 121). Se trata de un órgano especializado del *Poder Judiciário* (en adelante, *PJ*) instituido por el legislador primario al que le corresponde administrar el proceso electoral y resolver los contenciosos habidos en el desarrollo del mismo. Su origen histórico data del año 1932, cuando bajo el mandato presidencial de Getúlio Vargas fue incluida en el primer *Código Eleitoral*. Su creación tuvo y tiene por cometido central el combate al fraude electoral, los abusos y las tentativas de influenciar el resultado de las elecciones que venían siendo tónica común desde la instauración de la popularmente conocida como “República Velha” en 1891<sup>690</sup>.

La *JE* no funciona tan solo como un ramo especializado del *PJ* que ejerce la función jurisdiccional. Igualmente le corresponde administrar las diversas fases administrativas del proceso electoral – desde el alistamiento a la apuración de los votos y la proclamación de los electos –. Cuando administra las elecciones desempeña tal actividad como fin en sí mismo, no como medio tal y como ocurre con los demás

---

<sup>690</sup> En este sentido, Neves da Silva (2014, p. 1496) afirma: “La entrega del control de las elecciones a una magistratura propia, actuante desde la identificación permanente de los electores hasta la apuración de los votos, conforme constó en la Exposición de Motivos de la Subcomisión que elaboró los anteproyectos, objetivó atender lo que sería una aspiración nacional “ de arrancar el proceso electoral, al mismo tiempo, del arbitrio de los gobiernos y de la influencia corrompedora del caciquismo local”.

órganos de éste último. Una y otra función está presidida por el principio de autonomía e independencia funcional respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Dicho en otros términos: la administración y la decisión final sobre el resultado de las elecciones son competencia exclusiva de la *Justiça Eleitoral*. (GUERZONI FILHO, 2004, pp. 40-1; NEVES DA SILVA, 2014, p. 1497; RÉIS, 2012, p. 121)

La creación de la *JE* busca garantizar la transparencia y lisura del procedimiento electoral en su conjunto. La relevancia que tal cometido tiene para la legitimidad y funcionalidad del sistema democrático motivaron al legislador constituyente a realizar reserva de *lei complementar* para la fijación de sus competencias y organización (art. 121 CF). Su desarrollo infraconstitucional se encuentra contenido en diversos cuerpos normativos: el CEB, la Lei Eleitoral, la Lei dos Partidos Políticos, la LC 64/90 y la LC 135/2010.

La existencia de múltiples cuerpos legislativos no parece la técnica más adecuada para favorecer la irrenunciable seguridad jurídica en materia electoral. La vigente dispersión legal favorece la confusión de los múltiples protagonistas envueltos en el proceso electoral: electores, los diversos actores políticos y órganos jurisdiccionales. Una propuesta interesante para la superación de este confuso marco jurídico es la posible conversión de la lei 4.737/65 – CEB – en lei complementar<sup>691</sup>. Una reforma que posibilitaría la absorción en el mismo de la LC 64/90 y la LC 135/2010 contribuyendo a clarificar el marco jurídico aplicable<sup>692</sup>. En ausencia de *lei complementar* específica, ha de entenderse de acuerdo con la doctrina mayoritaria que todas las normas del CEB alusivas a la organización y competencia de la JE en todos sus niveles han sido recepcionadas por la CF 1988, ostentando la categoría de *lei complementar* (PAULA FILHO, 1998, p. 33; RÉIS, 2012, p. 111).

---

<sup>691</sup> Especialmente crítico con el CEB se muestra Réis (2012, p. 112) al afirmar ser: “[...] un diploma legal vetusto, que reclama su superación por nuevas y más contemporáneas directrices. Le falta el debido compaso con las diversas innovaciones traídas al ordenamiento por la Constitución Ciudadana, que vio en el ejercicio de los derechos políticos mucho más que el derecho de votar y ser votado. Así, inspirado por orientación totalitarista, la Lei n.º. 4.737/1965 pasó a lo largo de temas como plebiscito, referendo e iniciativa popular, aun cuando todos se refieran a materia de contenido político evidente, siendo el referido Código el *locus* adecuado para su tratamiento”.

<sup>692</sup> Cf. Jornal do Senado – Brasília, 8 de setembro 2010.

Las peculiaridades funcionales de la *JE* brasileña se hacen patentes en el amplísimo conjunto de atribuciones que le son otorgadas *ex lege*<sup>693</sup>. De entre ellas destaca, *motu proprio*, la competencia atribuida al TSE para crear normas jurídicas. Es el llamado *poder regulamentar* de las resoluciones del Tribunal. Una facultad derivada tanto de la capacidad para dictar instrucciones sobre las elecciones como de la resolución de las consultas realizadas por autoridades federales o los órganos de dirección de los partidos políticos<sup>694</sup>.

Las resoluciones del Alto Tribunal Electoral procedentes de instrucciones complementan la legislación vigente y en su mayoría tienen efecto temporal limitado al pleito en disputa. Por el contrario, las resoluciones procedentes de consultas tienen el poder de complementar y otorgar nuevo sentido a la ley, creando norma jurídica de carácter permanente cuya vigencia es independiente del pleito en vigor. Es en este segundo supuesto cuando se agudiza la condición de legislador del TSE<sup>695</sup>. Ha de recordarse que sus decisiones tienen fuerza de ley y se encuentran protegidas por el principio de la *irrecorribilidad* del art. 121, § 3 CF y el art. 281 CEB<sup>696</sup>. Tales garantías dificultan la reversión de cualquier posible extralimitación del propio Tribunal. (ROCHA FRAGOSO, 2008, p. 8).

Las resoluciones del TSE son de dos tipos: actos normativos primarios, de carácter autónomo y alcance general que vienen a normativizar situaciones no reguladas por la norma electoral de apoyo; y actos normativos secundarios, accesorios y que se disponen a interpretar una ley electoral. El acto primario es un acto de delegación del legislador en favor del TSE. El acto secundario, materializado en las consultas, es un acto de naturaleza interpretativa.

La doctrina mayoritaria entiende necesario establecer límites a las actuaciones de las resoluciones del TSE en el caso de los actos normativos secundarios. La razón

<sup>693</sup> *Vid.* Títulos I a IV del CEB.

<sup>694</sup> **Art. 23 CEB.** Compete ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX- expedir instruções que julgar convenientes à execução deste Código. XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político **Art. 105 Lei Eleitoral.** Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito. **Art. 61 LPP.** O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.

<sup>695</sup> *Vid.* entre otras, Consulta TSE n° 715 de 8 de agosto de 2001; Resolução 21.702, de 2 de abril de 2004; Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007; Resolução 22.823, de 5 de junho de 2008.

<sup>696</sup> *Vid.* Acórdão TSE n. 823 Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa.

estriba en que, ante la divergencia hermenéutica respecto de la ley en vigor, el TSE acaba creando un acto normativo primario, produciendo nueva norma jurídica y ocupando el lugar natural del legislador como órgano competente en la creación del núcleo normativo regulador del proceso electoral. (PINTO, 2008, p. 22)

Llama igualmente la atención la exclusión de los partidos de la organización del proceso electoral y la posibilidad de que un órgano federal organice y fiscalice las elecciones locales y regionales. Ambas peculiaridades tienen una justificación histórica: durante la transición a la democracia, de fuerte espíritu anti-político y anti-partidario, había que apartar a los políticos de la gestión del sistema electoral, entregándola a un órgano en apariencia neutro y lo más distante posible de su objeto. Como afirma Guerzoni Filho, la conformación del sistema electoral democrático en Brasil no fue el producto lógico de la madurez del sistema político. Todo lo contrario. Fue la reacción a la desconfianza sobre el mismo. (GUERZONI FILHO, 2004, p. 43)

Cierra el cuadro de las peculiaridades de la JE brasileña una de carácter organizacional: la inexistencia de un cuadro propio de magistrados. La función de los jueces electorales de primer grado es ejercida por delegación por jueces de derecho estatales. El cuadro de magistrados electorales tiene un *status* profesional similar al de los jueces de la justicia común y desempeña sus funciones por plazo temporal limitado a un máximo de dos bienios consecutivos (art. 121, § 1º y 2 CF).

La inexistencia de un cuadro propio de magistrados especializados y permanentes es objeto de crítica doctrinal. Para Barretto (1.999, p. 12) “En lo tocante a la estructura de la Justiça Eleitoral, uno de los factores preponderantes de su tradicional inoperancia es la inexistencia de una magistratura propia y especializada”. En esta misma línea se pronuncia Réis, quien llama la atención sobre la necesidad de repensar la configuración de la misma al no atender adecuadamente las demandas sociales de mayor eficiencia en la resolución de los conflictos electorales (RÉIS, 2012, p. 130).

El conjunto de estas peculiaridades hace de la JE brasileña un caso *sui generis* en Derecho comparado<sup>697</sup>. En su condición de órgano especializado del *Poder Judiciário* dispone, aparte de las competencias jurisdiccionales y administrativas típicas de cualquier modelo de justicia electoral, de competencias normativas y consultivas que

---

<sup>697</sup> Un estudio en Derecho Comparado puede verse en Guerzoni Filho, 2004, pp. 40 y ss.



le otorgan una naturaleza diferenciada<sup>698</sup>. Al estudio de unas y otras dedicaremos el siguiente epígrafe.

#### 4.7.1.2 La Justiça Eleitoral en la CF 1988 y demás leyes.

Las directrices funcionales y organizativas básicas de la *JE* adquieren forma jurídica por vez primera en el año 1.932 mediante el Decreto nº. 21.076. La Constitución de 1.934 fue el primer texto constitucional que incorporó entre sus dispositivos la *JE*. Tres años más tarde la Carta Magna de 1937 puso fin a la misma, reapareciendo en 1.945 con el Decreto n. 7.586. Con la Constitución de 1946 vuelve a tener presencia como integrante del *Poder Judiciário* (art. 94, IV). En la Constitución de 1.967 le correspondió el art. 107, IV<sup>699</sup>. En la CF de 1.988 está regulada en los arts. 118 a 121.

El art. 118 CF, reproducido literalmente por el art. 12 del CEB, establece la composición orgánica de la *JE* del siguiente modo: a) En la cúspide orgánica se encuentra el *Tribunal Superior Eleitoral* (inciso I); b) En un peldaño inmediatamente inferior se hallan los *Tribunais Regionais Eleitorais* (inciso II); c) Le siguen los *Juízes Eleitorais* (inciso III); d) Cierra el organigrama las *Juntas Eleitorais* (inciso IV).

Como se ha visto, la *JE* es una institución singular dotada de amplias competencias jurisdiccionales, consultivas, normativas y administrativas en los procesos electorales. De entre éstas pueden destacarse: a) El alistamiento electoral; b) El registro y casación del registro de candidatos; c) El enjuiciamiento de impugnaciones de registros de partidos o candidaturas; d) La apreciación de las cuestiones atinentes a la inelegibilidad; e) La impugnación del mandato electivo; f) La expedición y anulación del diploma; g) La fiscalización de la propaganda electoral<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> Entre ellas, destaca, motu proprio y en contraste con el modelo español, el activismo judicial en materia electoral de la Justiça Eleitoral brasileña. Un estudio crítico sobre los límites del activismo judicial en materia electoral puede verse en Boschi Moreira y Mezzaroba, 2013, pp. 54-74.

<sup>699</sup> Cf. Serejo Sousa, 1989, p. 198.

<sup>700</sup> Sobre la importancia de la Justiça Eleitoral, Ramayana (2008, p. 76) afirma: “La Justicia Electoral tiene su destino directamente vinculado a la garantía de los derechos de votar y ser votado, asegurando el pleno ejercicio de la ciudadanía en sus diversas manifestaciones. [...] Le compete, por tanto, a la Justicia Electoral la noble misión de resguardar la democracia y el Estado Democrático en los moldes dispuestos en el art. 1º e incisos de la Constitución Federal, efectivando, prácticamente, la soberanía popular, la ciudadanía y el pluralismo político como principios fundamentales establecidos por el legislador-constituyente”.

La función consultiva, extremadamente peculiar y característica de la *JE*, es competencia exclusiva del STE y de los TRE. Tiene por finalidad esclarecer determinadas dudas, haciendo público el entendimiento de la Corte Electoral sobre materia electoral. La importancia de las mismas aumenta ante la temporalidad con que los Tribunales Electorales desempeñan sus funciones. El ámbito material de la consulta es exclusivamente electoral, es decir, toda aquella desarrollada con vistas a la realización del pleito. Entran dentro de este ámbito toda materia atinente a cuestionamientos sobre acciones electorales cumplidos el resto de requisitos legalmente establecidos. Queda fuera del ámbito material de la consulta cualquier posible cuestionamiento en el ámbito constitucional, administrativo o partidario<sup>701</sup>. (LÓPEZ ZILIO, 2012, pp. 37-8)

El art. 23, XII CEB afirma que el STE es competente para “responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese em tese”. La expresión “em tese” significa que no cabe elevar consultas al Tribunal sobre situaciones determinadas o concretas bajo pena de no ser tomadas en consideración. La naturaleza consultiva es de mera orientación, careciendo de cualquier carácter vinculante y su validez queda limitada al periodo anterior a la realización de las convenciones partidarias. Es en este momento cuando comienza el proceso de individualización de las candidaturas, dando lugar a la existencia de intereses concretos para las consultas formuladas que no deben ser objeto de pronunciamiento por el Alto Tribunal Electoral. (LÓPEZ ZILIO, 2012, pp. 38-9)

La cúspide de la *JE* la ocupa el Tribunal Superior Eleitoral. Como órgano supremo cuenta con un amplio elenco de competencias jurisdiccionales, administrativas y normativas, todas ellas establecidas en los arts. 22 y 23 del CEB<sup>702</sup>. La capacidad

<sup>701</sup>Vid. TSE – Consulta n. 1461 – j. 18/10/2007 – Rel. José Delgado; TSE – Consulta n. 1385 – j. 17/04/2007 – Rel. José Delgado.

<sup>702</sup>Art. 22. Compete ao Tribunal Superior: I - Processar e julgar originariamente: a) o registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e vice-presidência da República; b) os conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e juízes eleitorais de Estados diferentes;c) a suspeição ou impedimento aos seus membros, ao Procurador Geral e aos funcionários da sua Secretaria;d) os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juizes e pelos juizes dos Tribunais Regionais;e) o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; ou, ainda, o habeas corpus, quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração;(Vide [suspensão de execução pela RSF nº 132, de 1984](#)) f) as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos; g) as impugnações á apuração do resultado geral,

normativa y consultiva del Alto Tribunal Electoral fue objeto de comentario en el epígrafe anterior. El art. 23, IX del CEB le otorga la capacidad de dar instrucciones sobre la adecuada interpretación del CEB y la regularidad del servicio electoral en general. La Lei eleitoral 9.504/97, en su art. 105, le otorga la capacidad para expedir las resoluciones necesarias para garantizar la ejecución de la ley en el año electoral en las siguientes materias: a) creación del calendario electoral; b) disponer sobre investigación y propaganda electoral y derecho de respuesta; c) regular el registro de candidatura; d) disponer sobre los actos preparatorios, recepción de votos y las garantías electorales; e) disponer sobre la apuración y totalización de votos y sobre la proclamación y diploma de los electos. La legitimidad para interponer la consulta corresponde al órgano de dirección nacional del partido o a autoridad pública con jurisdicción federal (art. 23, inciso XII CEB).

La competencia judicial del STE es fijada de forma negativa en el art. 121, § 3 y 4 CF. El principio general es la firmeza de las decisiones del STE, a excepción de aquellas que contraríen la CF y las denegatorias de *habeas corpus* o mandado de segurança (art. 121, § 3 y art. 22, Par. único CEB). Por decisión contraria a la CF debe entenderse aquella aplicación errónea o negación de los principios que la conforman. En este caso, el recurso oponible será el extraordinario del art. 102, inciso III, sujeto a los requisitos y demostraciones exigidos por el STF y que no se presta a investigaciones de eventuales injusticias de la decisión recurrida. Las otras dos situaciones, vinculadas a la libertad de locomoción y la prevalencia de derecho líquido y cierto, son objeto de recurso ordinario de acuerdo al inciso II del propio artículo 102. La restricción de entrada al STF se basa la existencia de instrumentos de derecho procesal electoral que permiten, *per se*, procedimientos céleres y decisiones eficaces. Una cuestión que no se repite en los procesos comunes, al cual se adapta el proceso electoral cuando llega al

---

proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República;h) os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos nos Tribunais Regionais dentro de 60 (sessenta) dias da conclusão ao relator; h) os pedidos de desaforamento dos feitos não decididos nos Tribunais Regionais dentro de trinta dias da conclusão ao relator, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966) i) as reclamações contra os seus próprios juizes que, no prazo de trinta dias a contar da conclusão, não houverem julgado os feitos a eles distribuídos. [\(Incluído pela Lei nº 4.961, de 1966\)](#)j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecurável, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. [\(Incluído pela LCP nº 86, de 1996\)](#) [\(Produção de efeito\)](#) II - julgar os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais nos termos do Art. 276 inclusive os que versarem matéria administrativa. Parágrafo único. As decisões do Tribunal Superior são irrecurável, salvo nos casos do Art. 281.

STF, claramente inviable en el conjunto de las obligaciones impuestas a sus integrantes. La Corte Constitucional debe ser preservada en el logro de su función principal, que no es otra que la de interpretar y salvaguardar la primacía de la Constitución de la República. (NEVES DA SILVA, 2014, p. 1502)

La instancia ante la que se recurrirá es, como se ha visto, el STF, máximo intérprete y garante de la supremacía de la Constitución (art. 102, *caput* CF y art. 281 CEB). El art. 281 CEB establece el *iter* procesal del recurso – extraordinario u ordinario – de acuerdo a los principios de celeridad y flexibilidad procesal<sup>703</sup>. Caso de ser denegado, el art. 282 del CEB otorga la posibilidad de interponer agravio de instrumento en un plazo de 3 días<sup>704</sup>. De esta forma, y salvo las hipótesis anteriormente indicadas, la interpretación de la legislación infraconstitucional tiene por órgano último el STE. La necesidad de celeridad, ante la posible reparación extemporánea de los bienes jurídicos en liza y la seguridad jurídica, permitiendo el correcto funcionamiento de las instituciones representativas, así lo exigen.

El art. 121, § 4 CF establece que solo cabe recurrir ante el STE las decisiones del TRE en los siguientes cinco supuestos: I) Cuando fuesen proferidas contra disposición expresa de la CF o la ley. Si la decisión es contraria a la CF es posible interponer recurso extraordinario frente al STF en los términos anteriormente vistos (art. 102, III, a CF y art. 281 CEB). Será considerada firme la decisión del STE que dirima conflicto sobre la aplicación de la ley; II) En caso de divergencia interpretativa de la ley entre dos o más Tribunales Electorales por medio de recurso especial; III) Cuando versen sobre inelegibilidad o expedición de diploma en las elecciones federales o estatales mediante recurso ordinario; IV) En el caso que anulasen diplomas o decretasen la pérdida de mandatos electivos federales o estatales; V) En el supuesto que denegasen

---

<sup>703</sup>Art. 281. São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior, salvo as que declararem a invalidade de lei ou ato contrário à Constituição Federal e as denegatórias de "habeas corpus" ou mandado de segurança, das quais caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, interposto no prazo de 3 (três) dias. § 1º Juntada a petição nas 48 (quarenta e oito) horas seguintes, os autos serão conclusos ao presidente do Tribunal, que, no mesmo prazo, proferirá despacho fundamentado, admitindo ou não o recurso. § 2º Admitido o recurso será aberta vista dos autos ao recorrido para que, dentro de 3 (três) dias, apresente as suas razões. § 3º Findo esse prazo os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal. En este sentido, vid. Súmula 728 STF.

<sup>704</sup>Art. 282. Denegado recurso, o recorrente poderá interpor, dentro de 3 (três) dias, agravio de instrumento, observado o disposto no Art. 279 e seus parágrafos, aplicada a multa a que se refere o § 6º pelo Supremo Tribunal Federal.

*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* o mandado de injunção. Esta decisión será recurrible ante el STF mediante recurso ordinario (art. 102, II a) CF)

La CF tuvo la cautela de restringir igualmente el elenco de hipótesis que permiten el recurso de las decisiones de los TR ante el STE. No toda y cualquier materia puede ser sometida a una decisión por una tercera instancia electoral, ante el riesgo de dilaciones excesivas contrarias a la natural celeridad en materia electoral. Igualmente, se pretende evitar una saturación material que incidiese en la calidad de las resoluciones sobre recursos que sí atendiesen los requisitos establecidos. (NEVES DA SILVA, 2014, p. 1503)

El art. 119 CF regula el proceso de designación y composición del TSE<sup>705</sup>. Los miembros del Alto Tribunal Electoral son elegidos mediante voto secreto<sup>706</sup> de otros órganos del *Poder Judiciário* de acuerdo al principio de mayoría simple y en la siguiente proporción: a) tres miembros procedentes del STF; b) dos miembros procedentes del STJ; d) los dos restantes por elección del Presidente de la República de entre una lista confeccionada por el STF de seis abogados de “notable saber jurídico e idoneidad moral”. La alta representación que ostentan en este tribunal (dos séptimos del total) frente a un quinto que alcanzan en el resto justifica la imposición de cautelas especiales como las establecidas en el § 2 del art. 16 CEB<sup>707</sup>.

La participación del Presidente de la República en el proceso de designación de los jueces del STE puede ser vista, no sin aparente razón, como una quiebra de la necesaria independencia funcional que debe existir entre los poderes estatales. La procedencia de este método de elección se justifica en el hecho de ser la *JE* una modalidad de justicia especializada y federal. No ha de pasarse por alto que la confección de la lista de candidatos es competencia del STF, circunstancia que matiza fuertemente la posible intromisión del Poder Ejecutivo<sup>708</sup>. Por último, el Parágrafo

<sup>705</sup> La regulación detallada se encuentra en el Título I del CEB.

<sup>706</sup> El *Conselho Nacional de Justiça* decidió – Procedimiento de Controle Administrativo n. 200810000033576-MS – que el Tribunal puede dejar de observar el secreto de voto aun cuando sea el procedimiento indicado en la propia CF en mayor de mayor publicidad de acuerdo al art. 37 de la CF.

<sup>707</sup> § 2º - A nomeação de que trata o inciso II deste artigo não poderá recair em cidadão que ocupe cargo público de que seja demissível *ad nutum*; que seja diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com subvenção, privilegio, isenção ou favor em virtude de contrato com a administração pública; ou que exerça mandato de caráter político, federal, estadual ou municipal. ([Redação dada pela Lei nº 7.191, de 1984](#))

<sup>708</sup> Cf. Siniauskas Cocuzza, 2012, p.697

Único del art. 119 CF establece una última exigencia: que el Presidente y Vice-Presidente sean Ministros del STF y el *Corregedor Eleitoral* provenga del STJ.

Los *Tribunais Regionais Eleitorais* del art. 118, II CF son el segundo eslabón jerárquico de la *JE* brasileña. A ellos les corresponde velar por la normalidad de los procesos electorales en cada Estado de la Federación. Su función principal es la totalización de los resultados parciales dados por las *Zonas Eleitorais* en las elecciones mayoritarias y proporcionales para *Governador de Estado* y *Deputados Estaduais* respectivamente, para después proclamar los resultados y diplomar a los candidatos electos. El art. 30, VIII del CEB le otorga la capacidad de responder a las consultas que le sean realizadas tanto por las autoridades políticas como por los partidos políticos. El órgano legitimado para ello es exclusivamente el órgano de dirección estatal del partido o bien la autoridad pública.

El art. 120 CF determina que habrá un TRE en la capital de cada Estado y en el Distrito Federal. Ello es consecuencia de la estructura de Estado federal y del principio de jerarquía con que opera la *JE*. El § 1 del art. 120 cifra en siete el número mínimo de miembros que componen los TRE de acuerdo al principio de voto secreto y con la siguiente distribución: a) Dos jueces entre los *desembargadores* del *Tribunal de Justiça* a elegir por el *Órgão Especial do Tribunal de Justiça* (art. 93, XI CF). La designación como miembros del TRE les impedirá llevar a cabo funciones directivas en el propio TJ, no impidiendo el desempeño de sus funciones ordinarias; b) Dos jueces, de entre *juizes de direito*, escogidos por el TJ escogidos igualmente por el *Órgão Especial do Tribunal de Justiça*; c) Un juez del *Tribunal Regional Federal* con sede en la capital de Estado o el Distrito Federal o, en su defecto, juez federal elegido por el *Tribunal Regional Federal* respectivo; d) Dos jueces por nominación del Presidente de la República de entre una lista de seis abogados de notable saber jurídico e idoneidad moral indicados por el Tribunal de Justiça. El significado de tan vaga expresión ha sido delimitado por el STF quien en interpretación del art. 94 CF ha fijado el requisito temporal mínimo de 10 años de ejercicio para que abogados puedan integrar los TRE<sup>709</sup>.

De nuevo se hace presente el *principio de diversidad de origen* propio de los órganos colegiados del Poder Judicial brasileño (STF, STJ, TSE etc.), cuyas plazas

---

<sup>709</sup>Vid. Recurso en Mandado de Segurança n. 24.232 – Rel. Joaquim Barbosa – j. 29.11.2005.

son ocupadas por juristas venidos de diferentes órganos, incluyendo a los abogados. Completa este cuadro la exigencia del § 2º según la cual el Presidente y Vice-Presidente del TRE han de ser elegidos de entre los *desembargadores*.

El art. 118, III CF sitúa en el tercer escalafón de la *JE* a los *Juízes Eleitorais*. Ejercen la función electoral por delegación, siendo oriundos de la Justiça Estadual y designados por el TRE. Su ámbito de actuación es cada una de las Zonas Electorales en que se divide todo Estado. La Zona Electoral delimita la competencia jurisdiccional del *Juiz de Direito* viniendo a corresponder en general a una comarca, aunque ni siempre es así por la autonomía de cada órgano del *Poder Judiciário (Justiça Comum y Eleitoral)*. El *juiz eleitoral*, a diferencia de sus antecesores el STE y los TRE, no dispone de la prerrogativa de responder a consultas ante la inexistencia de referencia expresa en el art. 35 CEB.

Cierra el cuadro orgánico de la *JE* las *Juntas Eleitorais* del art. 118, IV CF. Las funciones principales de las Juntas son establecidas en el art. 40 CEB destacando, entre otras: a) La apuración de los votos en las zonas electorales bajo su jurisdicción en el plazo de 10 días; b) Resolver las impugnaciones y reclamaciones surgidas durante el proceso de conteo y apuración de votos; c) Expedir los diplomas electorales a los cargos públicos municipales. La introducción del voto electrónico ha reducido en la práctica sus funciones a las fases de apuración y entrega de diplomas a los electos, momento en el cual se disolverán. (RÉIS, 2012, pp. 127-8)

Su ámbito espacial es la *Zona Eleitoral*, en la cual habrá como mínimo una *Junta Eleitoral*. Se trata de un órgano colegiado compuesto por un *Juiz de Direito*, presidente de la misma, y cuatro ciudadanos de notoria idoneidad indicados por aquellos y nominados por el Presidente del TRE (art. 36, *caput*, § 1 y art. 38 CEB)<sup>710</sup>. Las designaciones son susceptibles de ser recurridas por los partidos o coaliciones en los

---

<sup>710</sup>**Art. 36.** Compor-se-ão as juntas eleitorais de um juiz de direito, que será o presidente, e de 2 (dois) ou 4 (quatro) cidadãos de notória idoneidade. §1º Os membros das juntas eleitorais serão nomeados 60 (sessenta) dias antes da eleição, depois de aprovação do Tribunal Regional, pelo presidente deste, a quem cumpre também designar-lhes a sede. **Art. 38.** Ao presidente da Junta é facultado nomear, dentre cidadãos de notória idoneidade, escrutinadores e auxiliares em número capaz de atender a boa marcha dos trabalhos. § 1º É obrigatória essa nomeação sempre que houver mais de dez urnas a apurar. § 2º Na hipótese do desdobramento da Junta em Turmas, o respectivo presidente nomeará um escrutinador para servir como secretário em cada turma. § 3º Além dos secretários a que se refere o parágrafo anterior, será designado pelo presidente da Junta um escrutinador para secretário-geral competindo-lhe: I - lavar as atas; II - tomar por termo ou protocolar os recursos, neles funcionando como escrivão; III - totalizar os votos apurados.

términos del art. 36, § 2 CEB<sup>711</sup>. El art. 36, § 3 CEB establece un conjunto de prohibiciones por motivos de parentesco o afinidad hasta el cuarto grado de los auxiliares de la Junta<sup>712</sup>.

La inutilidad institucional en que se encuentran envueltas las *Juntas Eleitorais* aconseja accionar el mecanismo del art. 121 CF que otorga al legislador complementar el deber de disponer sobre la organización y competencias de las mismas. En este sentido, puede aprovecharse la presencia de miembros de la comunidad para dotarlas de mayores funciones pedagógicas y movilizadoras. (RÉIS, 2012, p. 129)

El *status* de los miembros de la *JE* es definido en el art. 121, § 1 y 2 CF<sup>713</sup>. El § 1º les otorga la plenitud de garantías en el ejercicio de sus funciones y la inamovilidad. El objeto, obvio, no es otro que garantizar la independencia de los magistrados electorales en el ejercicio de sus funciones. El § 2º establece un plazo temporal mínimo de 2 años en el ejercicio de la función judicial electoral y un límite máximo de dos bienios consecutivos. El cómputo del plazo es ininterrumpido, sin importar cualquier apartamiento proveniente de licencias, vacaciones o licencia especial. La única excepción a esta regla proviene del § 3º del art. 14 CEB, que impide a los jueces miembros de *Tribunais Eleitorais* ejercer sus funciones en el *lapsus temporis* entre la convención partidaria y la apuración final de la votación en aquellos casos en que concurra a cargo electivo bien su cónyuge o bien pariente consanguíneo legítimo o ilegítimo o afín hasta el segundo grado.

El art. 15 CEB regula el paralelismo de las formas para la sustitución de los miembros de la *JE*<sup>714</sup>. La regeneración periódica de los jueces posibilita conservar la

---

<sup>711</sup>Art. 36, § 2º. Até 10 (dez) dias antes da nomeação os nomes das pessoas indicadas para compor as juntas serão publicados no órgão oficial do Estado, podendo qualquer partido, no prazo de 3 (três) dias, em petição fundamentada, impugnar as indicações.

<sup>712</sup>Art. 36, § 3º. Não podem ser nomeados membros das Juntas, escrutinadores ou auxiliares: I - os candidatos e seus parentes, ainda que por afinidade, até o segundo grau, inclusive, e bem assim o cônjuge; II - os membros de diretorias de partidos políticos devidamente registrados e cujos nomes tenham sido oficialmente publicados; III - as autoridades e agentes policiais, bem como os funcionários no desempenho de cargos de confiança do Executivo; IV - os que pertencerem ao serviço eleitoral.

<sup>713</sup>Art. 121, § 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis. § 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

<sup>714</sup>Art. 15. Os substitutos dos membros efetivos dos Tribunais Eleitorais serão escolhidos, na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.



naturaleza apolítica de los tribunales electorales y garantizar la isonomía de los procesos electorales. Igualmente facilita la innovación en las decisiones singulares y los órganos colegiados (SINIAUSKAS COCUZZA, 2012, p. 701; ROCHA FRAGOSO, 2008, p. 18).

Hasta aquí las principales características del modelo de *JE* en vigor. Corresponde ahora, para cerrar el presente capítulo, el análisis de las principales acciones y recursos de que disponen los diferentes sujetos intervinientes en el proceso electoral.

#### **4.7.2 Las garantías jurisdiccionales: las acciones y recursos electorales.**

##### 4.7.2.1. Notas generales.

El adecuado ejercicio del derecho de sufragio se basa en la protección de dos bienes jurídicos inherentes al mismo: la libertad de voto y la legitimidad y normalidad de los procesos electorales. Solo así puede hablarse de elecciones verdaderamente democráticas. Los ilícitos electorales se presentan como los principales obstáculos a la consecución de tales objetivos. Consciente de ello, el legislador ha establecido un amplio conjunto de acciones electorales con el objeto de reprimir tales actitudes y restituir, llegado el caso, aquellos bienes jurídicos elementales del Derecho Electoral. (LÓPEZ ZILIO, 2012, 414; VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 97)

Las acciones electorales imponen sanciones político-electorales consistentes fundamentalmente en restricciones o limitaciones de derechos en su esfera de actuación. Son la respuesta estatal a violaciones de bienes jurídicos nucleares al Derecho Electoral, centradas principalmente en la protección de los derechos del candidato y/o del electo. Las sanciones se materializan en la casación del registro o diploma y la inelegibilidad y desapropiación del mandato electivo ya otorgado.

La amplitud del catálogo de acciones legalmente establecido nos “fuerza” a realizar una primera aproximación clasificatoria, distinguiendo entre: a) las acciones de imputación de inelegibilidad; b) las acciones de combate a los ilícitos electorales. Las primeras pretenden atacar la existencia de una falla en la capacidad electoral pasiva (v.g

la ausencia de algún requisito de elegibilidad). Su ejemplo más notorio, en lo que aquí interesa destacar, es la *ação de impugnação ao registro de candidatura* (en adelante, AIRC). Las segundas tratan de irregularidades cometidas en el transcurso del proceso electoral, subdividiéndose a su vez en dos grupos: las *ações de apuração do abuso* y las *representações permanentes*. Estas últimas no serán objeto de estudio.

Las *ações de apuração de abuso* tratan de ilícitos en el proceso electoral en curso. Es la respuesta del legislador a los ilícitos electorales de mayor gravedad que, consecuentemente, llevan aparejadas las sanciones más gravosas. Se subdividen en dos tipos: *ações genéricas* y *representações específicas*. Ejemplo de las primeras es, en lo que aquí interesa destacar, la *ação de investigação judicial eleitoral* del art. 22 de la LC 64/90 (en adelante, AIJE) y la *ação de impugnação do mandato eletivo* del art. 14, § 10 CF (en adelante, AIME).

4.7.2.2 La *Ação de Investigação de Registro de Candidatura*: naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.

El registro de candidatura es, una vez elegido el candidato en la convención partidaria, el momento inicial de la candidatura electoral propiamente dicha. Como se vio anteriormente, todo candidato debe cumplir las condiciones de elegibilidad y no incurrir en las causas de inelegibilidad constitucional y legalmente establecidas. La AIRC es la respuesta del ordenamiento ante la presentación de candidato sobre el cual concurre alguna causa que lo torne directa o indirectamente inelegible. Su ámbito material se refiere a la falta de condición de elegibilidad del art. 14, § 3 CF; la incidencia de alguna causa de inelegibilidad del art. 14, § 4º, 6º y 7º CF y las restantes prescritas en el art. 1º LC 64/90; por último, el incumplimiento de formalidad registral.

La AIRC se encuentra regulada en el art. 3º de la LC 64/90<sup>715</sup>. Su objetivo primordial no es, como pueda parecer, la declaración de inelegibilidad del candidato,

---

<sup>715</sup>Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada. § 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido. § 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária. § 3º O impugnante especificará,

sino la negación del registro de su candidatura. Dicho con otras palabras: la decisión judicial ha de ceñirse a la denegación del registro de la candidatura solicitada obviando cualquier posible declaración de inelegibilidad. Es una acción, como afirma Soares da Costa (2009, p. 279) “[...] incidental a la acción de pedido de registro”. Su naturaleza jurídica es meramente declaratoria.

La legitimación activa para la interposición se encuentra regulada en el *caput* del art. 3º de la LC 64/90<sup>716</sup>. La legitimación es de carácter concurrente y disyuntiva. La actuación de uno de los sujetos legitimados no excluye la de los demás. El primero de los sujetos legitimados es el candidato individualmente considerado una vez elegido en la pertinente convención partidaria<sup>717</sup>. El candidato se halla legitimado aun cuando el pedido de registro no haya sido juzgado y concedido. Perderá la misma si en el curso de la acción que intentó tuviese su registro denegado.

En segundo lugar se encuentra legitimado el partido político a través de su órgano directivo o bien por intermediación de representante legal. El ámbito de actuación de los delegados partidarios se encuentra regulado en el art. 11, parágrafo único LPP<sup>718</sup>. La lei dos partidos políticos no distingue a efectos de legitimación activa entre partidos concurrentes y partidos no concurrentes. De tal silencio legal y de acuerdo con Ramayana se entiende que los partidos políticos podrán impugnar el registro de candidatos con la única condición de estar válidamente constituidos de acuerdo a los requisitos establecidos en la LPP. Otra de las situaciones controvertidas es la posible impugnación por el partido del registro de sus propios candidatos. Se entiende que al partido le falta en este caso interés legítimo en actuar al haber elegido al mismo en la convención partidaria pertinente. (RAMAYANA, 2008, p. 249; VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 134)

En tercer lugar, se halla legitimada para interponer la AIRC la coalición partidaria. La condición a cumplir es que presente la AIRC de forma conjunta. La única

---

desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

<sup>716</sup> En este sentido, vid. TSE Resolução n. 23.373/12.

<sup>717</sup> Vid. TSE – Recurso Ordinário n. 459 – Rel. Fernando Neves – j. 10.10.2000.

<sup>718</sup> Art. 11 LPP. Parágrafo único. Os delegados credenciados pelo órgão de direção nacional representam o partido perante quaisquer Tribunais ou Juízes Eleitorais; os credenciados pelos órgãos estaduais, somente perante o Tribunal Regional Eleitoral e os Juízes Eleitorais do respectivo Estado, do Distrito Federal ou Território Federal; e os credenciados pelo órgão municipal, perante o Juiz Eleitoral da respectiva jurisdição.

excepción es encontrarse abierta discusión judicial o disidencia interna acerca de la validez de la coalición durante el periodo comprendido entre la fecha de la convención y el fin del plazo para la impugnación del registro de candidatos de acuerdo al art. 6º, § 4º de la lei 9.504/97<sup>719</sup>.

Cierra el elenco de sujetos legitimados el *Ministério Público*. El órgano-agente ministerial actúa en todas las fases e instancias del proceso electoral proponiendo acciones que logren proteger la normalidad y legitimidad de los procesos electorales contra la influencia del poder económico o el abuso del poder político o administrativo (art. 72 LC 75/93). La legitimidad activa del Ministério Público es doble: a) en calidad de fiscal de la ley (*custos legis*), siendo obligatoria su intervención frente a la indisponibilidad del derecho en litigio; b) como parte. En el primero de los casos, una vez cumplido el plazo para impugnar, tendrá acceso a los autos para confirmar si el candidato cumplió los requisitos establecidos, pudiendo emitir opinión sobre el otorgamiento o denegación del registro. La única excepción a esta regla deriva del art. 37, § 2 de la *Resolução 23.221 del TSE* que impide impugnar registro de candidato a aquel representante del Ministério Público que en los dos años anteriores hubiese disputado cargo electivo, formado parte de órgano directivo de partido o ejercido actividad político-partidaria.

Caso aparte es la posible actuación de oficio por el Juiz Eleitoral de negar el registro de la candidatura, es decir, sin la existencia previa y expresa de pedido a tal respecto. La misma se fundamenta en el principio de la libre apreciación de prueba del art. 7º, parágrafo único de la LC 64/90<sup>720</sup>. La declaración de oficio proveniente de *Juiz Eleitoral* cabrá tanto en el supuesto de inelegibilidad constitucional cuanto legal<sup>721</sup>.

Un supuesto especialmente polémico es la no legitimación activa del elector. Una situación entendida por Réis como un grave retroceso democrático al estar ya incluida en el art. 97, § 3 CEB. Si el elector es el primer interesado en la pureza del

<sup>719</sup> Art. 6, § 4º. O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos. *Vid.* respectivamente TSE – Recurso Especial Eleitoral n. 19.960 – Rel. Luiz Carlos Madeira – j. 03.09.2002; TSE – Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 18.421 – Rel. García Vieira – j. 28.06.2001.

<sup>720</sup> Art.7. Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

<sup>721</sup> *Vid.* art. 47 Resolução n. 23.373/11 TSE.

procedimiento electoral parece cuanto menos paradójica su falta de legitimación para la defensa directa del mismo. Puede, eso sí, informar directamente tanto al *Juiz Eleitoral* sobre la inelegibilidad del candidato en cuestión que podrán servir de fundamento a aquel en su decisión al poder negar de oficio pedidos de registro de candidaturas. (RÉIS, 2012, pp. 415-6)

La competencia para conocer de la AIRC viene establecida en el art. 2º, párrafo único de la LC 64/90 de acuerdo a la circunscripción del pleito y el mandato pleiteado por el candidato. El TSE juzgará aquellas acciones que versen sobre los máximos cargos del Poder Ejecutivo – Presidente y Vice-Presidente de la República–. Los TRE conocerán de aquellas acciones en las elecciones propias del ámbito federal, estatal o distrital. La *JE* dispone únicamente de competencia sobre el pedido de registro de candidatura y su respectiva impugnación escapando de su ámbito de conocimiento el proceso y enjuiciamiento de materia que sirve de mero fundamento para eventual pedido impugnatorio.

El plazo para interponer la AIRC es de 5 días a contar desde la publicación del acuerdo relativo al pedido de registro (art. 3 LC 64/90). Se excluye el día propio de la publicación y se incluye el de su vencimiento. Este plazo se aplica por igual a todos los sujetos legitimados incluyendo al *Ministério Público*. La regla general de preclusividad del plazo establecido quiebra en aquellos supuestos en que se trate de materia de carácter constitucional conforme al art. 259 CEB o sobreviniente al registro de acuerdo con el art. 223 CEB<sup>722</sup>. En estos casos cabrá accionar, como se verá más adelante, el *Recurso contra a expedição do diploma* previsto en el art. 262 CEB.

La Sentencia que juzga la AIRC tiene naturaleza declaratoria de acuerdo con la redacción actualmente vigente del art. 15 LC 64/90. Pueden darse tres situaciones bien diferenciadas: a) si el candidato no ha obtenido todavía el registro le será denegado; b) si el candidato ya obtuvo registro le será cancelado; c) si el candidato ya estaba en posesión del diploma será casado. Estas circunstancias tendrán lugar tanto existiendo sentencia definitiva como sentencia proferida por órgano colegiado de acuerdo a las modificaciones establecidas en el art. 15 LC 64/90 por la LC 135/2010. (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 131)

---

<sup>722</sup> Vid. TSE – Recurso contra expedição de diploma n. 456 – Rel. Américo Luz, j. 21.05.1992.

El candidato que se encuentre *sub judice* podrá efectuar todos los actos de campaña por su cuenta y riesgo (art.16-A Lei 9.504/97 y art. 45 Resolução n. 23.373/11 TSE)<sup>723</sup>. La validez de los mismos quedará supeditada al otorgamiento del registro de su candidatura por la instancia superior. Tras la reforma del art. 15 de la LC 64/90 el candidato que quisiese seguir en campaña debe obtener medida de naturaleza cautelar ante la falta de efecto suspensivo automático del recurso interpuesto contra la denegación de registro de candidatura.

4.7.2.3 La *Ação de Investigação Judicial Eleitoral*: naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.

La acción aquí analizada se inscribe dentro de los mecanismos instituidos por el legislador para garantizar la normalidad y legitimidad de los procesos electorales del art. 14, § 9 CF<sup>724</sup>. Su desarrollo legal se contiene en los arts 19 a 22 de la LC 64/90. Nos encontramos ante una acción de cuño material y procesal que busca combatir cualquier acto de abuso de poder en la esfera electoral, las transgresiones pertinentes al origen de valores pecuniarios en detrimento del voto y la utilización indebida de vehículos o medios de comunicación social en beneficio de candidato o partido político<sup>725</sup>. Su objeto es doble: la casación del registro o diploma del candidato y la declaración de inelegibilidad del representado y de todos aquellos que hayan contribuido en la práctica de tal acto.

Dos son los posicionamientos de la doctrina en relación a la naturaleza jurídica de la AIJE. Para unos puede ser concebida como acción cognitiva con carga constitutiva negativa – la casación del registro o diploma del candidato electo – y declaratoria de la

---

<sup>723</sup> Art. 16-A. O candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

<sup>724</sup>LC 64/90. Art. 19, Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

<sup>725</sup> Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]

inelegibilidad<sup>726</sup>. Otros la contemplan como acción cognitiva de naturaleza cautelar y constitutiva con efectos positivos o negativos<sup>727</sup>.

El abuso de poder es conducta que pone en jaque varios principales nucleares del Estado democrático: el principio de igualdad de oportunidades, la lisura y legitimidad de las elecciones y, por extensión, el principio democrático<sup>728</sup>. Es conceptualizado como cualquier acto doloso o culposo contrario a las reglas legales establecidas, es decir, un acto cuantitativo o cualitativamente excesivo proscrito por la ley. Pertenece a la categoría de conceptos jurídicos indeterminados desdoblado en dos perfiles autónomos: el abuso económico y político. La concreción de las conductas que caen dentro del tipo comentado es competencia de la *JE* en el caso concreto. Es rasgo común a ambos tipos de abuso la finalidad de obtener réditos electorales de forma ilícita sea influenciado económicamente el voto de una colectividad – v.g., arts. 18 a 25 LE –, sea usando indebidamente el poder político del que ya se está investido – v.g., arts. 73 a 77 LE –. (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 163-4)

La técnica legislativa empleada en el desarrollo de los pormenores procesales de la AIJE merece, por su incorrección, un comentario crítico. El art 19 LC 64/90, a pesar de su confusa redacción, imposibilita el que la AIJE pueda ser iniciada de oficio por el órgano enjuiciador debiendo ser dirigida al Corregedor-Geral o Regional según el órgano competente sea el TSE o TRE respectivamente<sup>729</sup>. El resto del artículo tiene tintes de eco del art. 22 del mismo cuerpo legal. El art. 20 puede ser igualmente calificado como desafortunado por su carácter repetitivo. Primeramente, por que los sujetos legitimados se enumeran en el art. 22. En segundo lugar, por que calificar el acto de retardar oficio como crimen es una redundancia al estar ya previsto en el Código Penal. Cierra el cuadro de reiteraciones el art. 21 LC 64/90. El poder de requisar e investigar es inherente a la actividad jurisdiccional y la prioridad de los incidentes electorales es común a cualquier acción electoral. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 440)

Están legitimados para interponer la AIJE cualquier candidato, partido político, coalición o Ministério Público (art. 22, *caput*). Como se vio anteriormente no cabe, a

<sup>726</sup> En este sentido, cf. Ramayana, 2008, p. 308.

<sup>727</sup> Cf. Gomes, 2011, pp. 445-6.

<sup>728</sup> Cf. Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista, 2012, p. 169.

<sup>729</sup> Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

pesar de la confusa redacción del art. 19, la actuación *ex officio* del órgano enjuiciador. Tratándose de acción procesal es requisito *sine qua non* la demanda de las partes. La legitimación del candidato deriva de su condición de competidor electoral y de la igualdad de oportunidades que debe presidir la contienda electoral. No es obligatorio que el candidato – autor de la acción – concorra al mismo cargo que el representado ya que el bien jurídico protegido es la normalidad y legitimidad de las elecciones en su conjunto.

El partido está legitimado en función de la circunscripción a la que concorra electoralmente. Al igual que en el caso de la AIRC su legitimación deriva *ipso facto* de su válida constitución de acuerdo a la normativa vigente. Caso de coalición, la regla general es la actuación conjunta salvo en dos supuestos: a) Que aquella se limite a las elecciones proporcionales o mayoritarias; b) Que la coalición se encuentre sometida a discusión interna con los límites establecidos por el art. 6º, § 4º de la LE. Cierra el elenco de sujetos legitimados el *Ministério Público* en términos idénticos a los establecidos en la AIRC.

La legitimación pasiva pesa tanto sobre el candidato cuanto sobre aquellos que hayan contribuido a la práctica del acto abusivo (art. 22, XIV). Quedan obviamente excluidas las personas jurídicas<sup>730</sup>.

El procedimiento a seguir es regulado en el art. 22 LC 64/90, considerado rito sumario en la esfera electoral. Entre otras particularidades puede citarse la inaplicación de regla específica alguna del *Código de Processo Civil* a respecto de duplicidades o cuadruplicidades de plazos otorgados a la *Fazenda Pública* o *Ministério Público* respectivamente (art. 188 y 191 CPC). En el desarrollo del proceso ha de observarse necesariamente el principio constitucional de la razonable duración del proceso del art. 5º, LXXVIII CF, reproducido en el art. 97-A de la LE<sup>731</sup>. La duración máxima del proceso para todas aquellas acciones que lleven aparejada la pérdida del mandato electivo será de un año una vez propuesta la acción ante la *JE*.

<sup>730</sup> Vid. TSE – RP 1033 – Brasília/DF – Rel. Min. Francisco César Asfor Rocha.

<sup>731</sup> Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1(um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral.



La competencia para el enjuiciamiento de la AIJE sigue la regla de la circunscripción del pleito. En las elecciones generales la acción es dirigida al *Corregidor-Regional Eleitoral* y enjuiciada por el Pleno del *Tribunal Regional* respectivo. En las elecciones presidenciales será dirigida al *Corregidor Geral Eleitoral* y juzgada por el Pleno del *TSE*. Por último, en las elecciones municipales, es competencia del Juiz Eleitoral (art. 24 LC 64/90).

Una de las cuestiones más controvertidas es el silencio de la LC 64/90 a respecto del plazo de interposición de la AIJE. Ante tal laguna su fijación inicial y final es obra conjunta de la doctrina y la jurisprudencia. La doctrina maneja soluciones diferentes al respecto sobre el inicio del plazo *a quo*: a) Con anterioridad al requerimiento de registro de candidatura; b) Antes del requerimiento y de las convenciones; c) Únicamente tras el registro de candidatura; d) Tan pronto como ocurra el hecho entre la fecha de inicio de las convenciones partidarias y la fecha de las elecciones inclusive; e) solo a partir de la convención. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 448; VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 196)

Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista entienden que tras la nueva redacción del art. 22 LC 64/90 inciso XIV el plazo final debe ser análogo al establecido en ésta: 15 días tras la entrega del diploma (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 196). Para López Zilio, el plazo de inicio de la AIJE ha de ser anterior al registro o la convención partidaria. En opinión del autor se trata del medio procesal adecuado para combatir los ilícitos que ocurran con anterioridad al proceso electoral. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 449).

Para Réis, cabe interponer la AIJE tan pronto como se tenga conocimiento de los hechos ante la ausencia de plazo legal para su interposición. No puede olvidarse que además de las consecuencias vaciadas por una sentencia precedente existe previsión legal expresa para que el juez determine la suspensión del acto que motivó el enjuiciamiento de la acción conforme al art. 22, I, b, LC 64/1990. Afirmar la imposibilidad de interponer la AIJE antes del registro de la candidatura es tanto como dejarla cuasi sin efecto, autorizando por vía indirecta el desequilibrio ilegítimo en el pleito. (RÉIS, 2012, p. 423)

La jurisprudencia del TSE se pronuncia en favor de admitir la AIJE tanto en momento anterior a la elección como del registro del candidato<sup>732</sup>. El límite temporal para su interposición es la fecha de entrega de diploma<sup>733</sup>.

La reforma del art. 22 de la LC 64/90 por la LC 135/2010 ha traído importantes modificaciones extensivas – temporales y procesales – en los efectos de la AIJE. En primer lugar, y como ya se vio, el plazo de inelegibilidad se amplía de 3 a 8 años. Por otra parte la reforma operada por la *lei da ficha limpa* añade la posibilidad de casar el diploma del candidato electo. Con anterioridad a esta reforma esta posibilidad era únicamente accionable a través de la AIME y el RCD. Como máximo la AIJE afectaba al registro si la sentencia definitiva antecediase a la elección. Por último, el inciso XVI del citado artículo establece que para fines de configuración del acto abusivo ha de considerarse la gravedad de las circunstancias enjuiciadas y no la potencialidad de los mismos para alterar el resultado de las elecciones. (PINTO; BRAID PETERSEN, 2014, pp. 186-7; RÉIS, 2012, p. 424)

La sentencia sigue los principios establecidos en el art. 23 LC 64/90. Se basa en la libre apreciación de los hechos y demás circunstancias que preserven el bien jurídico tutelado: la lisura electoral. Tiene naturaleza doble: *desposeedora*, al casar el registro o diploma del candidato y *declaratoria* de inelegibilidad. El fallo judicial producirá efectos tras su firmeza o al ser proferida por órgano judicial colegiado. La única excepción es la regla establecida en el art. 257 CEB<sup>734</sup>.

4.7.2.4 El *Recurso contra expedição do diploma* (RCED): naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.

Nos encontramos ante la “decana” de las acciones electorales cuya regulación se contiene en líneas generales en el art. 262 del CEB<sup>735</sup>. La primera cuestión polémica

<sup>732</sup> Vid. Representação n. 929 – j. 07.12.2006 – Rel. Cesar Asfor Rocha.

<sup>733</sup> Vid. Representação n. 628– j. 17.12.2002 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

<sup>734</sup> Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo. Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. ([Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#))

<sup>735</sup> Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. ([Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013](#))

hace referencia a su equívoca denominación como recurso. Para la gran mayoría de la doctrina se trata claramente de una acción electoral. Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista (2012, p. 346) afirman que “no se trata de recurso al no existir sentencia o proceso anterior”. Una posición compartida igualmente por Pinto y Ramayana<sup>736</sup>. López Zilio (2012, pp. 455-6) se pronuncia en términos similares negándole la condición de recurso ya que éste “[...] es interpuesto, en regla, por aquel que sucumbe en el hecho, dentro de una relación procesal ya existente y, *in casu*, no existe cualquier relación procesal formada a partir de la expedición de diploma”. En sentido contrario se pronuncia Tito Costa, para quien se trata de un recurso perteneciente al género de los ordinarios (COSTA, 2008, p. 115).

El objeto de la acción electoral es diáfano: la casación del diploma de aquél candidato electo que incurra en alguna de las hipótesis establecidas en el art. 262 CEB<sup>737</sup>. La pretensión de la acción electoral es la invalidación del mandato electivo del candidato interpelado. Se trata de acción constitutiva de cuño negativo.

El CEB nada dice en relación a la legitimación activa para interponer el RCED. En cualquier caso el proponente ha de demostrar interés legítimo en la proposición de la acción fundamentada en el posible perjuicio o gravamen. En líneas generales, se repite el cuadro de sujetos legitimados para la interposición de las distintas acciones electorales: candidatos electos y suplentes, partidos políticos y *Ministério Público*. La legitimación activa de las coaliciones deviene directamente de la jurisprudencia del TSE<sup>738</sup>.

El plazo para la interposición del RCED viene establecido en el art. 258 CEB: 3 días a partir de la toma de posesión del diploma<sup>739</sup>. La falta de aplicación de los plazos

---

<sup>736</sup> Cf. Pinto, 2008, p. 222; Ramayana, 2008, p. 753.

<sup>737</sup> Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade.

<sup>738</sup> Vid. RCED – 647- São Paulo – Acórdão 647 de 16.03.2004 – Rel. Min. Fernando Neves da Silva – DJ 25.06.2004, v. I, p. 173; Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 36398 – Rel. Arnaldo Versiani – j. 04.05.2010.

<sup>739</sup> Art. 258. Sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho. En este sentido, *vid.* TSE – Agravo de Instrumento n. 6.507 – Rel. Gilmar Mendes – j. 25.04.2006.

perentorios y continuos del art. 16 LC 64/90 al RCED impone la observancia de las reglas del CPC, incluyendo el art. 184 del mismo<sup>740</sup>.

Los efectos de la interposición del RCED se encuentran condicionados por la redacción dada al art. 216 CEB: mientras el TSE no decida sobre el recurso el candidato diplomado podrá seguir ejerciendo sus funciones representativas<sup>741</sup>. La decisión que recaiga sobre aquél tendrá efectos diversos dependiendo de en que órgano recaiga la competencia para enjuiciar la acción.

En las elecciones municipales, el RCED – interpuesto y procesado por el *Juiz Eleitoral* y juzgado por el TRE – tiene únicamente efecto devolutivo. En consecuencia, la eficacia condenatoria de la misma estará condicionada al fallo posterior del TSE<sup>742</sup>. La suspensión de los efectos condenatorios se fundamenta en la evitación de sucesivas alteraciones en la cabeza del Poder Ejecutivo (LÓPEZ ZILIO, 2012, pp. 471-2). En las elecciones federales y estatales el RCED será interpuesto y procesado por el TRE y juzgado por el TSE. En las elecciones presidenciales no existe opinión unánime ni sobre el órgano competente – TSE o STF – y ni tan siquiera sobre si tiene cabida esta acción electoral o, por el contrario, procede interponer únicamente *mandado de segurança*. En esta segunda línea se mueve Tito Costa, para quien cabe tanto este último cuanto recurso extraordinario ante el STF (COSTA, 2008, pp. 116-7). Ya Soares da Costa restringe las posibilidades al *mandado de segurança* (SOARES DA COSTA, 2009, p. 320). Una y otra posición doctrinal parten de la premisa, equivocada en opinión de la doctrina mayoritaria, de considerar que el RCED tiene naturaleza recursal. Para Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista, cabe interponer *mandado de segurança* y no recurso extraordinario ante la inexistencia de decisión anterior contraria. Ambos autores justifican su posición al cotejar el art. 102, III y alineas de la CF con la naturaleza de acto administrativo de la pose de diploma (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, pp. 347-8)

---

<sup>740</sup> Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. En este sentido, *vid.* TSE – RCED n. 647 – Rel. Fernando Neves – j. 16.03.2004.

<sup>741</sup> Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude.

<sup>742</sup> Vid. TSE Agravo Regimental en Recurso Especial Eleitoral n. 25.910 – Rel. Gerardo Grossi – j. 14.11.2006.

La sentencia estimatoria del recurso casa el diploma y ocasiona la pérdida del mandato del candidato. Consecuencia directa es la nulidad de los votos obtenidos por éste. En este punto ha de diferenciarse entre elecciones mayoritarias y proporcionales a tenor de lo dispuesto por el art. 224 CEB<sup>743</sup>. En las elecciones mayoritarias la casación del diploma supone la llamada del segundo colocado. La excepción a esta norma se da cuando el anterior hubiese obtenido más del 50% de los votos, en cuyo caso han de realizarse nuevas elecciones. En las elecciones proporcionales será llamado el suplente.

Contra las decisiones de los TRE en las elecciones municipales cabrá, como se ha visto, recurso especial frente al TSE. Contra las decisiones del Alto Tribunal Electoral – competente en las elecciones federales y estatales – cabrá recurso extraordinario frente al STF. Tratándose de elecciones a Presidente y Vice-Presidente cabrá *mandado de segurança* a interponer frente al STF dada la naturaleza no jurisdiccional del acto de pose del diploma<sup>744</sup>.

4.7.2.5 *La Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*: naturaleza jurídica, legitimación activa, plazos y sentencia.

Cierra el elenco de acciones electorales aquí propuesto la AIME. Su naturaleza jurídica es de cuño constitucional-eleitoral al estar expresamente prevista en el art. 14, §§ 10 y 11 CF<sup>745</sup>. Un rasgo que dicho sea de paso la diferencia de sus predecesoras. Su inclusión en el texto constitucional responde a la preocupación del legislador constituyente en establecer límites a la influencia de las fuerzas dominantes en la esfera pública y privada en las instancias estatales decisorias. Una “inquietud” igualmente constatable en los arts. 237 y 222 CEB.

El bien jurídico protegido es doble: la normalidad y legitimidad de las elecciones del art. 14, § 9º CF y el propio interés público de la lisura electoral del art. 23

---

<sup>743</sup>Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

<sup>744</sup> Cf. Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista, 2012, pp. 363-4.

<sup>745</sup> Art. 14 § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

LC 64/90. Uno y otro dependerán en última instancia de la capacidad de los operadores jurídicos de garantizar el voto libre y consciente de los electores. La jurisprudencia del TSE ha entendido suficiente – abandonando la exigencia de nexo causal – la comprobación de la potencialidad lesiva del acto abusivo para afectar a la lisura del pleito electoral<sup>746</sup>. Como afirma Gomes (2011, pp. 548-74) “[...] lo que importa es la existencia objetiva de los hechos y la prueba de su potencial lesividad a la normalidad y legitimidad de las elecciones”.

El objeto de la AIME es la desposesión de mandato electivo de aquel candidato que cometió vicio insubsanable por acto de corrupción, fraude o abuso de poder. Para Ramayana cabe la ampliación a otros supuestos – *v.g.*, inelegibilidades absolutas o restrictas, condiciones de elegibilidad, etc – siempre que no se haya producido sobre determinados aspectos de esas cuestiones la preclusión temporal, lógica o consumativa (RAMAYANA, 2008, p. 488). En una línea similar se pronuncia López Zilio, para quien la protección del bien jurídico tutelado solo podrá ser garantizada a partir de una comprensión amplia del abuso de poder en la esfera electoral. Las antinomias de las normas constitucionales - § 9 y § 10 del art. 14 CF – ha de resolverse, de acuerdo a una interpretación sistemática, en favor de aquella que observe con mayor claridad el fin del Derecho Electoral: la preservación de la voluntad expresada por el cuerpo electoral. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 479)

En sentido contrario se pronuncian Veloso Peleja Junior y Teixeira Batista, para quienes la cuestión de las inelegibilidades infraconstitucionales o constitucionales tienen sede de discusión en el RCED. Tan solo las constitucionales y las legales sobrevenidas al registro de la candidatura podrán, en el caso de no ser activadas en el momento propio (AIRC), serlo por vía de RCED (VELOSO PELEJA JUNIOR; TEIXEIRA BATISTA, 2012, p. 308)

Fávila Ribeiro coloca el acento crítico en la inadecuación de la interpretación restrictiva dada a la AIME, tanto por el legislador constituyente cuanto por el infraconstitucional, ante la extrema dificultad práctica de separar completamente acciones de los poderes fuertemente entrelazadas. En opinión del mismo autor, hubiera sido más adecuado proponer un enunciado de amplitud y cobertura general contra

---

<sup>746</sup> Recurso Ordinário n. 780 Rel. Fernando Neves – j. 08.06.2004.

cualquier forma de abuso de poder contrario a la normalidad y legitimidad de los procedimientos electorales. (RIBEIRO, 1993, p. 57)

En suma, la pretensión de la acción es la inhabilitación del candidato para el ejercicio de las funciones representativas. Es una acción constitutiva de efectos negativos destinada a invalidar el mandato representativo ilícitamente obtenido. La reforma operada por la *lei da ficha limpa* la dota igualmente de naturaleza declaratoria al imponer como efecto secundario la inelegibilidad por plazo de 8 años a contar desde la fecha de celebración de las elecciones en que ocurrieron los hechos.

La legitimación activa para interponer la AIME es similar a sus predecesoras: candidatos, Ministério Público, partidos políticos y coaliciones partidarias. Se trata de legitimidad concurrente y disyuntiva. Los candidatos todavía no electos podrán interponer la AIME en defensa del interés difuso de la colectividad en evitar reconocer como representantes a quienes lograron irregularmente su mandato. No se exige la identidad de cargo entre el sujeto activo y pasivo de la acción.

El partido político dispone de legitimidad limitada a la circunscripción electoral. Podrá interponer la acción de forma independiente aun en el caso de haber concurrido en coalición, ya que la misma solo tiene cabida una vez acabada la elección<sup>747</sup>. Las coaliciones, aun cuando suelen extinguirse una vez celebradas las elecciones, están igualmente legitimadas para interponer la AIME.

La legitimación pasiva recae tanto sobre el candidato electo cuanto sobre el suplente<sup>748</sup>. La expedición del diploma en favor del candidato indica el inicio del plazo de 15 días para la interposición de la acción contados según lo establecido por el art. 184 CPC – excluido el día de expedición e incluido el del vencimiento –.

La competencia para conocer de la AIME sigue la regla de la circunscripción de la elección. En consecuencia, corresponde al órgano que otorgó el diploma al candidato la invalidación del mismo. La única excepción a la regla general es la propia de las elecciones municipales, en las que la expedición del diploma es competencia de la *Junta Eleitoral* y no del *Juiz Eleitoral* (art. 40, IV, CEB).

---

<sup>747</sup> Vid. TSE Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 25.629 – j. 31/10/2006.

<sup>748</sup> Vid. TSE Agravo de Instrumento n. 1.130 – Rel. Eduardo de Oliveira – j. 15.12.1998.

El procedimiento de la AIME, a pesar de su fundamento constitucional, ha sido establecido mediante jurisprudencia del TSE<sup>749</sup>. Hasta la sentencia, el *iter* procesal de la AIME es el ordinario electoral propio de los arts. 3 y ss de la LC 64/90. En la fase recursal se observarán las normas propias del CEB.

La sentencia procedente tiene el efecto de invalidar el mandato representativo otorgado al candidato electo o suplente. No es sanción de carácter criminal, siendo únicamente consecuencia del comprometimiento de la lisura de las elecciones por los vicios de abuso de poder, corrupción o fraude. En consecuencia, se prescinde de la responsabilidad subjetiva – sea dolosa o culposa – del legitimado pasivo, bastando para su procedencia el beneficio indebidamente obtenido.

La jurisprudencia del TSE impide la imposición de multa o inelegibilidad ante la inexistencia de previsión normativa en tal sentido<sup>750</sup>. López Zilio admite la posibilidad de reconocer la inelegibilidad como efecto reflejo de la procedencia de la acción electoral. La inelegibilidad, a excepción del art. 22, XIV de la LC 64/90, no se presenta como sanción sino como efecto de la prueba de condena cuyo reconocimiento ha de ocurrir en el momento del registro de la candidatura mediante la acción respectiva. En el caso de la procedencia de la AIME, fluye potencialmente el efecto reflejo de la inelegibilidad, siendo lícito inquirir el reconocimiento de inelegibilidad en la esfera adecuada mediante eventual impugnación futura. (LÓPEZ ZILIO, 2012, p. 487)

---

<sup>749</sup> Vid. TSE Resolução n. 21.634 – Rel. Fernando Neves – j. 19.02.2004.

<sup>750</sup> Vid. TSE Agravo Regimental em Recurso Eleitoral Especial n. 5158657 – Rel. Arnaldo Versiani – j. 01.03.2011.



## ***CAPÍTULO 5 EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ESPAÑA Y BRASIL: LA DEMOCRACIA INTERNA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS PARTIDOS.***

Las organizaciones partidarias son, sin atisbo de duda, canal principal de intermediación en el ejercicio del derecho de participación política. La conformación de las instancias representativas y la articulación y puesta en marcha de los instrumentos de participación directa y semidirecta depende en gran medida de ellos. Utilizando términos análogos, no hay como negar que la vigencia del derecho de participación representativa y directa no se concibe sin la actuación de los partidos<sup>751</sup>. Otro tanto puede decirse del derecho de sufragio pasivo, cuyo ejercicio se origina en el interior de los partidos.

La comprensión y corrección de la crisis de representación y participación que afecta a las democracias española y brasileña requiere, inexcusablemente, del análisis del régimen jurídico vigente del principal instrumento a través del cual los ciudadanos participan en el sistema político: los partidos. Determinar la influencia que las estructuras internas de los partidos ejercen sobre el derecho de participación política es elemento central de este capítulo. Los partidos, como se ha visto, son canal privilegiado de intermediación en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en el modelo español y exclusivo en el ordenamiento brasileño. Puede afirmarse, sin riesgo de equívoco, que el origen de la representación política se produce en su interior. Garantizar una amplia participación y la igualdad de oportunidades de los afiliados resulta *conditio sine qua non* de la vigencia real del derecho de sufragio pasivo y, por extensión, de la legitimidad de origen de la representación política.

Este es el sentido del principio de democracia interna. Su concreción normativa – a través de un catálogo de derechos y un conjunto de garantías jurisdiccionales – debe

---

<sup>751</sup> En este sentido, Fernández Sarasola (2001, p. 217) afirma: “La presencia cada vez más arraigada de los partidos políticos los ha convertido en protagonistas indiscutibles no solo de la vida política, sino también de la configuración jurídica del Estado, incidiendo de forma evidente en el ordenamiento que, poco a poco, se ha ido adecuando a ellos. Así las cosas, otras asociaciones, e incluso los mismos ciudadanos, han visto mermadas sus facultades para participar en el Estado debido al imparable ascenso de los partidos. En este ambiente hay que situar apreciaciones como las de Leibholz o Kelsen cuando no conciben una democracia sin partidos, convirtiéndolos en los más importantes, cuando no los únicos, cauces de participación política. En igual medida, la resistencia a implantar en las democracias institutos de participación directa responde a ese mismo ascendente de los partidos, renuentes a todo mecanismo jurídico que suponga una pérdida de su influencia en el Estado”.

posibilitar la amplia participación de los afiliados y el control de la acción de los dirigentes. Una situación que, como se pondrá de manifiesto, dista de resultar satisfactoriamente alcanzado debido al marco normativo vigente en ambos ordenamientos jurídicos. En el caso español, el desarrollo legal del principio de democracia interna en la LOPP es manifiestamente insuficiente. En el caso brasileño, el legislador constituyente optó directamente por no incorporar el principio de democracia interna al texto constitucional. La *lei dos partidos políticos* se limitó a replicar la actitud del legislador primario.

Este estado de cosas es manifiestamente incompatible con un régimen democrático que se dice participativo. Si los partidos son intermediarios necesarios de la participación ciudadana, su estructura y funcionamiento interno deben estimularla y no cohibirla como viene siendo regla común. La proposición de reformas legislativas que hagan de los partidos españoles y brasileños estructuras democráticas que posibiliten la vigencia real del derecho de participación política en su dimensión partidaria es el propósito central de este capítulo.

### 5.1 LOS PARTIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL: de la negación liberal al reconocimiento constitucional en la CE 1978.

El origen y consolidación de los partidos políticos en España presenta ciertas similitudes con la clásica construcción de Triepel acerca de las diferentes actitudes que el Derecho y el Estado mostró a lo largo de los s. XIX y XX hacia los partidos políticos<sup>752</sup>. El final del siglo XVII y el siglo XVIII trajeron consigo una revolución sin precedentes en la teorización del Estado y las formas de gobierno: el Estado constitucional y el parlamentarismo. Primeramente Inglaterra, posteriormente Francia y los futuros EEUU instauraron un modo de ejercicio del poder basado en la separación funcional de poderes y el reconocimiento de unos derechos *naturales*. La limitación del poder es la piedra angular del incipiente Estado constitucional liberal. La paulatina consolidación de las nuevas formas de gobierno fue introduciendo, no sin dificultades,

---

<sup>752</sup> Según Triepel, la relación del Estado y el Derecho con los partidos pasará por cuatro fases históricas diferentes: a) lucha, b) ignorancia, c) reconocimiento y legalización, y d) la posible era de incorporación constitucional. Cf. García Pelayo, 2009 Vol. II, p. 1989.

la conveniencia de adoptar nuevas fórmulas de asociacionismo político colectivo en una sociedad como la liberal construida en torno a la deificación del individuo.

En este contexto surgieron las primeras teorizaciones sobre el lugar de los partidos políticos en el incipiente Estado constitucional liberal<sup>753</sup>. Bolingbroke y, sobre todo Burke y su *discurso a los electores de Bristol*, son tenidos comúnmente como los primeros ideólogos de los partidos políticos en el Mundo moderno<sup>754</sup>. Los partidos políticos comenzaron a ser objeto de estudio doctrinal por la Ciencia Política sobre su papel y necesidad en el engranaje estatal. La doctrina liberal los concibió mayoritariamente como elementos perniciosos en la defensa y promoción de los derechos del individuo, razón de ser de la creación de la sociedad civil y el Estado<sup>755</sup>. No era admisible la injerencia de asociaciones que, como los partidos, representan intereses parciales y presumiblemente enfrentados a la voluntad general<sup>756</sup>. Este escenario político no tuvo gran repercusión inicial en España. La idoneidad de la Monarquía pura como forma de gobierno, la falta de instituciones representativas y la

---

<sup>753</sup> En este sentido, Grimm (1996, p. 390) afirma: “La constelación que auspició la existencia de partidos políticos solo surge en la Inglaterra del siglo XVII. Por ello los partidos políticos arrancan del parlamento inglés. En Inglaterra acceden por vez primera también al universo intelectual de la época. En cambio los partidos solo se extenderían al continente y a América cien años después, tomando cuerpo en Alemania en el *Vormarz* y definitivamente en la Revolución de 1848. Su lugar de creación fueron generalmente las instituciones de participación social, los parlamentos, en los que, por vez primera, se produjo la necesidad de agruparse, y solo de manera paulatina y particularmente en Alemania, habiendo de luchar frente a múltiples obstáculos, echaron raíces y se consolidaron en la Sociedad como asociaciones de afiliados y clientelares”.

<sup>754</sup> Sobre el origen moderno de los partidos, García Cotarelo (1985, p. 19) afirma: “Parece razonable la opinión de que los partidos políticos encuentran su origen remoto en la ruptura revolucionaria inglesa del siglo XVII, evolucionan muy lentamente a lo largo del siglo XVIII en las islas – sin que, por la fecha, existan en alguna otra parte – y se organizan en el pleno sentido del término como tales partidos a partir del siglo XIX y, más concretamente, a partir de la serie de reformas sucesivas, electorales y parlamentarias que se inician en 1832”. El discurso a los electores de Bristol puede verse en Hill, B.W., 1.975, pp. 156-8.

<sup>755</sup> Portero Molina (1978, p. 260) sintetiza el rechazo del Estado español de inicios del s. XIX a las sociedades políticas en los siguientes términos: “La hostilidad del Estado hacia ellas [*las sociedades políticas*] se recubre ideológicamente de las doctrinas del individualismo vigente. De un lado, porque la unicidad de la soberanía no puede tolerar la existencia de otros «estados», y de otro porque el individuo, y no los grupos, son los sujetos de los derechos que el Estado liberal ha reconocido, y los cuerpos intermedios no son sino un obstáculo a la existencia de relaciones directas entre el Estado y los ciudadanos”.

<sup>756</sup> En este sentido, Navarro Méndez (1999, p. 172) afirma: “En efecto, el Estado liberal partía de una radical separación entre el Estado y la sociedad, de forma que era función del Derecho determinar el catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, organizar el Estado con arreglo al principio de separación de poderes y determinar las competencias de cada uno de los órganos en que aquél se estructuraba. Los partidos quedaban al margen de este ámbito de regulación, al ser considerados como pertenecientes a la esfera del Derecho privado. De esta forma, reconocer a nivel constitucional a los partidos políticos era tanto como negar esa rígida separación entre el Estado y la sociedad que propugnaba el Estado liberal, y que suponía desconfiar de los cuerpos intermedios, [...]”.

ausencia de pluralismo religioso hacían de los partidos elementos ni necesarios ni convenientes para el sistema político español en la España dieciochesca<sup>757</sup>.

### **5.1.1 Los partidos en el liberalismo español: el rechazo doctrinal y el silencio constitucional.**

La incorporación al debate político de la idea de partido en España tuvo lugar en los albores de nuestro constitucionalismo liberal. Cádiz fue su epicentro doctrinal y jurídico. La Guerra de la Independencia influyó fuertemente la negación que de los partidos hizo la Constitución de 1812. Cualquier división era considerada una losa en el objetivo de expulsar a Napoleón de España y, principalmente, para llevar a cabo una reforma de la Monarquía que evitase nuevos abusos de poder. La prioridad de los liberales españoles fue rehacer el maltrecho Estado español, dotándolo de una solidez institucional y un centralismo territorial despedazados tras la Guerra de la Independencia<sup>758</sup>.

Los Sociedades patrióticas, germen de los futuros partidos políticos, eran entendidas como organizaciones facciosas y claramente contrarias a la promoción del individuo y a la mal llamada voluntad nacional, epicentro de la ideología liberal<sup>759</sup>. Soberanía nacional y partidos políticos eran ideas antitéticas e irreconciliables en las primeras décadas del s. XIX español. La preeminencia del interés general de la Nación frente a los particularismos de los incipientes partidos mereció una actitud política y doctrinal de claro rechazo<sup>760</sup>. Liberales y realistas rechazaron el derecho de asociación de entre las libertades y derechos que formaron parte de *la Pepa*<sup>761</sup>.

<sup>757</sup> Cf. Fernández Sarasola, 2009, pp. 25-6; 2001 p. 219.

<sup>758</sup> Cf. Varela Ortega, 2013, p. 75.

<sup>759</sup> En este sentido, Fernández Sarasola (2009, p. 31) afirma: “A partir de la Revolución Francesa, las manifestaciones en España sobre los partidos cobran un nuevo cariz. Los excesos de los jacobinos hicieron que se mirase con recelo la formación de grupos políticos en el Estado, a los que se imputaban movimientos revolucionarios y sediciosos. Si hasta entonces se hablaba de partido como algo positivo, diferenciado de facción, desde la Revolución Francesa se habla fundamentalmente de esta última, o se identifican sin más ambos conceptos, siempre con significado peyorativo. Del «buen ejemplo» de Inglaterra se pasó al «pésimo modelo» de Francia, e incluso de Estados Unidos. Algo que no debe extrañar, puesto que muchos de los ilustrados españoles que hasta entonces habían admirado el progreso de las luces en general se replantearon su postura a raíz del magno acontecimiento del país vecino y, sobre todo, tras la ejecución de Luis XVI”.

<sup>760</sup> “Como se podía desprender de la etimología, pertenecer a un partido significaba «tomar parte» por una opción, por encima de cualquier consideración racional”. (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 79)

<sup>761</sup> “Las asociaciones atomizarían la unidad lograda con el pacto social, dando lugar a una situación que recordaba peligrosamente al Antiguo Régimen, con sus grupos sociales diferenciados. Precisamente

La actitud de recelo hacia asociaciones y partidos se mantuvo en España hasta el último tercio del s. XIX<sup>762</sup>. Las únicas admitidas fueron aquellas pertenecientes al ámbito religioso. Los textos constitucionales de 1837 y 1845 continuaron negando el derecho de asociación<sup>763</sup>. (SÁNCHEZ AGESTA, 1977, pp. 239; FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 79; 2001, pp. 218-9)

La llegada de la segunda mitad del s. XIX trajo consigo un cambio de actitud hacia los partidos. De la situación de desprecio y rechazo se pasó a un incipiente reconocimiento del asociacionismo como motor de mejora de las condiciones laborales de los trabajadores<sup>764</sup>. Surgieron las primeras obras doctrinales sobre los partidos políticos como asociaciones políticas. De entre ellas destaca la obra de Andrés Borrego “De la organización de los partidos en España”. La Constitución de 1869 reconoció el derecho de asociación por primera vez, si bien orientado principalmente a las órdenes religiosas. Una situación que se reprodujo en el texto de 1876. No hubo lugar al reconocimiento constitucional de los partidos. Sí lo fueron otras prácticas políticas, como por ejemplo las del Presidente del Consejo ante el Parlamento. En cualquier caso, los partidos comenzaban lentamente a ser percibidos como engranajes necesarios del sistema político-constitucional español, a medida que el pluralismo ideológico y el derecho de asociación fueron introduciéndose respectivamente en el escenario político y jurídico<sup>765</sup>.

---

aquello contra lo que el liberalismo luchaba con mayor denuedo. Los liberales españoles habían ido, pues, más allá que el constitucionalismo francés, que sí había admitido los derechos de reunión y asociación”. (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2009, p. 45)

<sup>762</sup> En este sentido, Sánchez Agesta (1977, p. 239) afirma: “Al reconocerse por vez primera el derecho de asociación en la Constitución de 1869, se pensó casi exclusivamente en las órdenes religiosas y nadie dedicó siquiera una alusión al derecho de asociación política, y lo mismo ocurrió al discutirse el texto de 1876”.

<sup>763</sup> En este sentido, Portero Molina (1978, pp. 261-2) afirma: “[...], la Constitución de 1837 pasa por alto el derecho de asociación, pese a mostrarse celosa de los derechos políticos de los españoles, tal como expresan los miembros de la comisión constitucional en la exposición del texto. Y lo mismo ocurre con la Constitución de 1845, que casi transcribe el artículo 1º de la precedente, marginando, en consecuencia, el tema de la asociación política, [...]”.

<sup>764</sup> En este sentido, Blanco Valdés (1990, p. 40) afirma: “En efecto, la entrada de los partidos en el mundo del Derecho coincide de forma temporal con la consolidación en Europa de las primeras organizaciones socialistas y está relacionada íntimamente con ese proceso de creciente – y socialmente doloroso – asentamiento. Y ello porque esos nuevos partidos, en un sentido estricto los primeros partidos políticos *modernos*, iban a dar lugar a una ruptura estructural de gran calado con las antiguas formas de organización – los *partidos de notables* – que habían intervenido en el funcionamiento del Estado en todo el período histórico anterior”.

<sup>765</sup> En este sentido, Fernández Sarasola (2009, p. 119) afirma: “Para que los partidos políticos pudieran ser verdaderos cauces de corrientes de opinión resultaba imprescindible articular el Estado de manera que el pluralismo fuese posible. Ésta fue la intención de los partidos más avanzados de la Revolución de 1868, en concreto de los demócratas y republicanos. Tres fueron los campos de batalla que libraron para

La Revolución de 1868 motivó la proliferación de partidos políticos, consecuencia de un nuevo escenario de pluralismo ideológico. Las corrientes federalista, nacionalista, socialista y republicana contaron con plataformas partidarias, ciertamente amorfas, para la defensa de sus intereses. La idea de partido no estaba acompañada de una base orgánica y funcional estable y definida, debido principalmente a la negación sufrida durante toda la primera mitad del s. XIX. Fue con la consolidación legislativa del derecho de asociación en la ley general de asociaciones de 1887 cuando se inició la etapa de reconocimiento legislativo de los partidos políticos. El artículo 10 se limitó a reconocer a las asociaciones con fines «políticos».

### **5.1.2. Los partidos en la Restauración Monárquica y la dictadura de Primo de Rivera.**

Los partidos políticos son concebidos a fines del s. XIX como asociaciones aglutinadoras de ciudadanos con una ideología común, plasmadas en un programa destinado a convertirse en Derecho una vez logrado el poder. La vigencia del sufragio censitario hizo de estos partidos de notables y élites intelectuales, sin espacio para las masas. La Restauración Monárquica supuso pasar nuevamente a una situación de bipartidismo de clara inspiración británica. Las ansias de libertad y pluralismos republicanos se frustraron por primera vez en España. Se impuso un régimen pactista sustentado en un bipartidismo de corte dinástico encarnado en el liderazgo de Cánovas y Sagasta y posteriormente de Maura y Canalejas. El partido sirvió al sostenimiento del régimen monárquico bajo la férrea disciplina de una legalidad común en la cual no hay margen para la transacción<sup>766</sup>.

---

lograrlo: el derecho de asociación, la Jefatura de Estado democrática y el sufragio universal”. En sentido similar, cf. Sánchez Agesta, 1977, p. 239.

<sup>766</sup>Fernández Sarasola (2006, p. 83) sintetiza el espíritu político de la Restauración Monárquica de esta forma: “El engarce de los partidos bajo este sistema de turno pacífico resultaba una caricatura del sistema bipartidista británico que le servía de modelo. No solo se basaba en condensar las tendencias políticas en dos grandes partidos, sino también en una alternancia artificial en el poder, procurada a través del espurio empleo de dos instrumentos: la disolución parlamentaria en manos del Rey, que ejercía cuando el partido gobernante se hallaba en crisis interna y se hacía necesario llamar al otro partido para formar gobierno, y el falseamiento de las elecciones, dirigidas a través del Ministerio de Gobernación. Mediante este turno se oficializaba la diferencia entre «partido ministerial» y «partido de la oposición». Ambos admitían una legalidad común, y ambos debían cumplir su encargo constitucional con fidelidad, para que el sistema político gozase de estabilidad. Agotado el mandato de uno de los partidos, el otro era llamado a sucederle”. En sentido similar cf. Tusell, 1998, p. 50.

Las prácticas corruptas, caciquiles y oligárquicas que caracterizaron al bipartidismo del periodo final de la Restauración generaron encendidas críticas doctrinales por la conversión de los partidos en punta de lanza de la podredumbre del parlamentarismo español. Los partidos deberían ser asociaciones necesarias surgidas de la sociedad para la satisfacción de sus demandas a través de las instancias estatales. En vez de eso, los partidos se caracterizaban por su escasa base social, su debilidad ideológica y el mesianismo del líder todopoderoso. En este escenario, el reconocimiento legal y la necesidad de los partidos en el sistema parlamentario debía vencer un fuerte rechazo doctrinal.

El siglo XX es el del reconocimiento y la regulación jurídica de los partidos políticos, inicialmente por la vía legal y finalmente mediante su reconocimiento constitucional tras la II Guerra Mundial<sup>767</sup>. En España, los inicios del s. XX estuvieron marcados por el inevitable fin de una Restauración monárquica lastrada por la imagen de unos partidos corruptos y el caciquismo. A la Restauración le siguió la dictadura de Primo de Rivera, un tiempo que supuso una nueva vuelta de tuerca en el azaroso afianzamiento de los partidos en el sistema constitucional español. La crisis del parlamentarismo de inicios del s. XX tenía en los partidos su principal responsable. Regenerar el Estado y librarlo de las corruptelas partidistas requería sustituir el pluralismo político por la idea de partido único. El partido pasó a ser considerado instrumento de defensa del Estado, al tiempo que elemento aglutinador y movilizador de afiliados y adeptos al régimen dictatorial. En el terreno de las ideas políticas, el nacionalismo de corte regionalista y el socialismo eran concebidos como ideologías potencialmente desestabilizadoras de la integridad estatal.

Depurar el Estado es tarea que, una vez instaurada la dictadura, fue llevada a cabo por la actuación conjunta del Directorio Militar, en su función de brazo ejecutor y la Unión Patriótica como cooperador social necesario. En una primera fase hubo que eliminar el pluralismo político y las ideologías de izquierdas. Suprimido el pluralismo

---

<sup>767</sup> En este sentido, Martínez Cuevas (2006, p. 11) afirma: “Esta ausencia de regulación de los partidos no varió en las Constituciones del pasado siglo XX: incluso los dos textos constitucionales que mayor huella dejaron en las constituciones venideras, el mejicano de 1917 y el alemán de 1919, continúan sin reconocer a los partidos, pero la acogida que ambos realizan del derecho de asociación política es considerablemente extensa. El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial fue el momento en que la prohibición desapareció y surgieron algunas alusiones en los textos constitucionales. En esta época que arranca hacia 1945 la labor desempeñada por los partidos en la caída del sistema fascista y la revitalización de los sistemas democráticos ponía de relieve su capital relevancia política, lo que los convertía en necesarios, siendo totalmente inevitable su regulación constitucional”.

disgregador, había que regenerar la vida política española. Recuperada la decencia de los actores políticos y saneadas las instituciones, la idea de Primo de Rivera era establecer un bipartidismo representado por la Unión Patriótica y el Partido Socialista. Un plan tildado de «mascarada política» por un Partido Socialista que lo entendía como la aniquilación de cualquier esperanza de democracia. La negativa de los socialistas precipitó la ya de por sí inevitable caída del dictador. Era la hora de la II República, el primer régimen verdaderamente democrático en España. (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2006, p. 85-7; 2009, pp. 241-2)

### 5.1.3 Los partidos en la II República: el incipiente pluralismo político.

La llegada de la II República en abril del 31 supuso la redefinición de los partidos como expresión del pluralismo político. El soporte jurídico de los partidos, el derecho de asociación, fue objeto de una extensión y especialización sin precedentes. La libertad sindical pasó a ser un derecho autónomo del de asociación (art. 39). La Iglesia fue considerada una mera asociación religiosa (art. 26). El novedoso pluralismo político y asociativo encontró un límite irresistible: la exclusión de las asociaciones que apoyasen la Monarquía.

Los partidos, ahora sí, fueron considerados instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado. La instauración por vez primera de un régimen democrático en España suponía admitir la discrepancia ideológica y su canalización a través de los partidos. Nadie discutía su relevancia social como medios de conducción y racionalización de la lucha por el poder estatal. ¿Serían en este nuevo escenario reconocidos constitucionalmente como especie *sui generis* del derecho de asociación? ¿Se llegaría en España a alcanzar la última fase teorizada por Triepel, la fase de constitucionalización de los partidos? La respuesta es negativa. La Constitución de 1931 tan solo hizo una mención indirecta a los partidos en su articulado, mediante la voz «distintas fracciones políticas» del art. 62, y referida realmente a los Grupos Parlamentarios. Los partidos se encuadraron en el genérico derecho de asociación del art. 39, y a ejercer «conforme a las leyes del Estado»<sup>768</sup>.

---

<sup>768</sup>Especialmente crítico con la no constitucionalización de los partidos en la Constitución de 1931 se muestra Ramírez (1980, p. 54), quien afirma que: “La ausencia de una alusión directa a los partidos es aún más penosa si pensamos en un texto que contiene un largo artículo 26 dedicado a regular las



Su ausencia de reconocimiento constitucional no impidió la modernización de la idea de partido. Los partidos de notables del siglo XIX dieron paso al partido de masas, una vez garantizado el sufragio universal en la Constitución de 1931<sup>769</sup>. Las notas elementales del partido de masas español fueron obra intelectual, principalmente, de Manuel Azaña<sup>770</sup>. En lo que aquí interesa destacar, se produjeron las primeras intervenciones a favor de la juridificación de la estructura interna de los partidos de acuerdo a unos estándares mínimamente democráticos. La democracia interna constituía, según Azaña, un “*grado de excelencia de un partido*” (Apud FERNÁNDEZ SARASOLA, 2009, p. 263).

El pluralismo político que definió a la II República ha sido comúnmente calificado como excesivo y uno de los acicates del fracaso del sistema<sup>771</sup>. Ninguno de los partidos en el gobierno logró una mayoría estable. Fueron varias las coaliciones surgidas con el objeto de lograr una mínima estabilidad gubernamental. El sistema entró

---

confesiones religiosas, evidenciando un desacertado criterio de lo que debe ser una Constitución para el conjunto de los españoles”. En sentido contrario, Portero Molina (1978, pp. 266-7) afirma: “Sin llegar, evidentemente, al reconocimiento expreso de los partidos políticos, el ordenamiento constitucional de la Segunda República contiene los suficientes puntos de apoyo para que podamos hablar de su cuasi-constitucionalización. No se trata ya del derecho de asociación, que, por supuesto, recoge la Constitución de 1931 en su artículo 39, sino de algo más cercano a la constitucionalización propiamente dicha, y que se plasma tanto en el texto de la Constitución como en los Reglamentos de las Cortes, el de 1931 y el de 1934”.

<sup>769</sup> En este sentido, Carreras Serra (2004, p. 92) afirma: “Con la progresiva implantación del sufragio universal y la representación proporcional comienza a aparecer a fines del siglo XIX un nuevo modelo de partido, el partido de masas que será dominante en buena parte del siglo XX. Los primeros partidos de masas fueron los socialistas, seguidos, tras la guerra europea, por otros partidos de las más diversas ideologías. Este nuevo tipo de partido se articula en torno a tres ejes fundamentales. Primero, una masiva afiliación individual, componente necesario para desarrollar las actividades de propaganda y financiación: los partidos serán más fuertes cuanto más militantes y adherentes tengan. Segundo, una ideología de perfiles definidos que conforme su identidad y cohesionen a sus miembros. Socialismo, comunismo, fascismo o democracia cristiana son, en las versiones que de ella dan estos partidos, campos ideológicos cerrados, perfectamente identificables. Tercero, una organización administrativa centralizada, formada por personal que trabaja en exclusiva para el partido, con importantes medios naturales (oficinas centrales, locales para reunir militantes, medios de propaganda) y una estricta disciplina interna que le hace aparecer frente al exterior como una unidad poderosa y sin fisuras. Los partidos de masas irán predominando progresivamente en Europa continental a partir de principios de siglo ( el modelo a imitar será el partido socialdemócrata alemán) hasta que inician su declive en los decenios posteriores a la segunda guerra mundial”.

<sup>770</sup> Un análisis detallado del pensamiento de Azaña sobre los partidos puede verse en Fernández Sarasola, 2009, pp. 262 y ss.

<sup>771</sup> En este sentido, Santos Juliá (1996, p. 201) afirma: “Una visión muy extendida de la Segunda República- que ha dejado un poso en la memoria colectiva – tiene a su sistema de partidos como una experiencia frustrada debido a su número y permanente debilidad. Los partidos eran muchos y débiles, lo que habría dado lugar a un sistema sumamente fragmentado y hasta caótico que, al fracasar las iniciativas de creación de un centro fuerte – un partido o una coalición de partidos – evolucionó hacia una extrema polarización, de la que habría resultado la guerra civil. Una tesis, como se ve, algo interesada porque distrae la atención del verdadero origen de la guerra civil, un golpe militar parcialmente fracasado”.

en crisis con ocasión de las elecciones de febrero del 36<sup>772</sup>. La lucha por el *poder a toda costa* motivó el surgimiento de dos grandes coaliciones electorales: el Frente Popular y el centro-derecha bajo el liderazgo frustrado de Gil-Robles. La fractura de las clases medias españolas reforzó la radicalización de las actitudes políticas y las derivas de unos con el sindicalismo revolucionario y de los otros con el nacional-catolicismo o el fascismo. La heterogeneidad y escasa identificación ideológica era más evidente en la derecha que en la izquierda. Primaba la captación del voto frente a la afinidad ideológica y la coherencia programática. Como afirma Fernández Sarasola (2009, p. 281) “Fraccionada España en dos bloques, desoída la llamada a la unidad política, la suerte de la República estaba echada”.

#### **5.1.4 Los partidos en la dictadura franquista y la Transición: de la prohibición total al protagonismo reformista.**

La caída de la II República supuso la demonización del parlamentarismo y los partidos por la totalidad de las corrientes ideológicas afines al franquismo<sup>773</sup>. Un antipartidismo que el bando nacional dejó bien claro en los primeros meses de la Guerra Civil. En septiembre del 36 fueron ilegalizados los partidos del Frente Popular. Días más tarde lo serían el resto de fuerzas políticas. La Ley de Responsabilidades Políticas de febrero del 39 puso fin al sistema de partidos de la II República. Solo había espacio nuevamente para la idea de Partido Único: la FET-JONS. Su ideología básica, contenida en los *Veintiséis Puntos de la Falange*, consistía en la implantación de una «democracia

---

<sup>772</sup> A este respecto, Juliá Díaz (1996, p. 217) afirma: “[...] en vísperas de la tercera convocatoria electoral, el sistema de partidos presentaba tendencias para todos los gustos: unas, [...], iban en la dirección de reducir el multipartidismo a magnitudes más manejables y más acordes con las grandes opciones políticas de las democracias occidentales de la época, mientras que otras marchaban en la dirección contraria, hacia una mayor fragmentación y al auge de las entonces débiles opciones totalitarias. Se trata, pues, de un sistema todavía no asentado, en el que el resultado de unas elecciones podía determinar, como en el pasado, profundos realineamientos. Y eso fue lo que ocurrió con el triunfo, por escaso margen de votos pero amplio de diputados, de la coalición electoral de izquierdas, también llamada frente popular”.

<sup>773</sup> Sobre la caída de la II República, Ben Ami (2013, p. 12) afirma: “El fracaso de la República no estuvo irreversiblemente condicionado por motivos estructurales ni por la supuesta incapacidad intrínseca de los españoles para gobernarse, sino que vino dado por malas decisiones de dirigentes políticos obsesionados en imponer doctrinas inaplicables a la realidad sociopolítica de España. La República acabó siendo derrotada por la propia exaltación milenarista y el mito mesiánico que la acompañó en su bautizo; sucumbió por las desmedidas expectativas que había despertado, perdió su rumbo por programas basados tanto en el derecha como en la izquierda – en verdades reveladas, no en un pragmatismo ilustrado, y cayó por haber traicionado lo mejor del legado canovista, la política de la no-exclusión. No hay democracia que pueda sobrevivir mucho tiempo al empeño de importantes sectores de la sociedad, tanto de derecha como de izquierda, en sustituir una política de participación por una de exclusión que desembocó finalmente en el política del retraimiento y la conjura”.

orgánica» encaminada a la “unidad de destino común de España”. El partido era considerado órgano del Estado y plataforma de interlocución entre éste y la sociedad. Una simbiosis, como se verá, de escasa duración.

La Ley de Cortes de 1942 dio pie a la creación de las Cortes orgánicas franquistas, primer obstáculo a la hegemonía política del partido único. En ellas no había espacio alguno para la participación a través de los partidos. Las Cortes franquistas distaban muy mucho de ser una institución verdaderamente representativa. No eran elegidas mediante sufragio universal inorgánico y, además, estaban férreamente sometidas al control gubernamental. La Ley del Referéndum de 1945 afirmaba que la participación de los ciudadanos se haría a través de la familia, el municipio y el sindicato, siendo los procuradores *mandatarios de la Nación*. El referéndum sería usado para evitar la suplantación de la voluntad nacional por la de los representantes.

La victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial trastocó los planes totalitarios de Falange. La derrota del Eje colocó a Falange Española, hasta entonces nervio de la FET-JONS, en una difícil tesitura política. La necesidad de lavar la imagen frente a los vencedores de la IIª Guerra forzó la conversión de aquél en aparato burocrático, precipitando su decadencia política y su progresiva sustitución por el ala nacional □ catolicista. En Europa, mientras tanto, se procedía a la constitucionalización de los partidos políticos en el texto italiano de 1947 (art. 49) y alemán de 1949 (art.21). Francia hizo lo propio una década más tarde en su Constitución de 1958 (art. 4)<sup>774</sup>.

La filosofía de partido único sobre la cual gravitó el franquismo en su primera etapa entró en grave crisis en la década de los sesenta. Se produjo un tímido movimiento aperturista consistente en la introducción de numerosos cambios

---

<sup>774</sup> Constitución Italiana de 1947. Art. 49: «Todos los ciudadanos tienen derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir democráticamente a determinar la política nacional.». Ley Fundamental de Bonn de 1949. Artículo 21: «1. Los partidos concurren a la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a principios democráticos. Deben dar cuenta públicamente del origen de sus recursos. 2. Los partidos que, por sus fines o por la conducta de sus miembros, tiendan a perturbar el orden constitucional liberal y democrático, o a destruir o poner en peligro la existencia de la República Federal Alemana, son inconstitucionales. El Tribunal Constitucional decide sobre la cuestión de inconstitucionalidad. 3. El desarrollo se efectuará mediante leyes federales.» Constitución de la República Francesa de 1958. Artículo 4. °: «Los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio. Se forman y ejercen su actividad libremente. Deben respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia.» Un estudio de las particularidades de la regulación constitucional de los partidos en Italia y Alemania puede verse en Ramírez, 1980, pp. 48 y ss/ Navarro Méndez, 1999, pp. 176 y ss.

funcionales en la democracia orgánica franquista mediante la Ley Orgánica del Estado de 1967. Las Cortes pasaban a tener un verdadero cometido legislativo con la aprobación de leyes. Se modificó la composición orgánica de las Cortes al cambiar el procedimiento de designación de unos procuradores hasta entonces férreamente controlados por el dictador. Igualmente, se posibilitó la representación familiar mediante elecciones. (FERNÁNDEZ SARASOLA, 2009, pp. 300-4)

El anclaje jurídico de los partidos, el derecho de asociación, fue reconocido en el Fuero de los Españoles de 1945 “para fines lícitos”. En 1964 se aprobó la Ley de Asociaciones. El derecho de asociación era un «derecho natural del hombre» a ejercer dentro de los principios fundamentales del Movimiento. Permitida la participación a través de las unidades naturales del régimen – familia, municipio y sindicato –, la cuestión se centraba en permitir o no las asociaciones políticas. Tras un intenso debate doctrinal y político la respuesta fue tímidamente aperturista. Las asociaciones políticas, que no partidos políticos, fueron concebidas únicamente como complemento de la democracia orgánica. Serían consideradas ilegales cualesquiera asociaciones constituidas al margen del carácter orgánico de la representación política. La negación de los partidos políticos por el franquismo iba a extenderse hasta el último día del régimen.

La Transición política supuso la reentrada de los partidos en el escenario político tras 40 años de clandestinidad y ostracismo jurídico forzado. La reconfiguración de nuestro sistema político como verdadera democracia precisaba necesariamente de su participación. Tras las tensiones y disputas habidas sobre los límites de actuación de las asociaciones políticas, la llegada al poder de Adolfo Suárez posibilitó un cambio radical de la imagen de los partidos. De ser considerados elementos potencialmente perniciosos para la estabilidad de una democracia orgánica agonizante, pasaron a ser considerados piezas claves de la instauración de una democracia verdaderamente representativa<sup>775</sup>.

---

<sup>775</sup> Sobre el indiscutible protagonismo de los partidos en el periodo como la Transición, García Cotarelo (1981, p. 270) afirma: “[...] los partidos han hecho de todo durante la transición, bien a través de los debates en las Cortes, bien fuera de éstas, en negociaciones de pasillos, con mejores o peores resultados: han posibilitado la transición, consiguiendo su propia legalización en una dialéctica de insistencias de un lado y de inconsistencias por el otro sin parangón en la historia contemporánea; ha conseguido una amnistía que vació las cárceles españolas de presos políticos por primera vez en muchos años; han elaborado una Constitución que si no es la mejor del mundo, es un texto decoroso y razonablemente abierto; han descentralizado el Estado hasta un punto inimaginable hace un decenio e, incluso, inimaginable ahora mismo, pues los partidos parecen convencidos de haber ido demasiado lejos en este tema de la reorganización territorial del Estado. En resumen, son los verdaderos actores del que ya apunta

La Ley para la Reforma política de noviembre de 1976, el Real Decreto- ley de 18 de marzo de 1977 sobre Normas Electorales, los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977 y la Ley de Asociaciones políticas de Enero de 1978 trazaron un camino ya irreversible en el reconocimiento jurídico de los partidos. La Ley para la Reforma política les reservó un especial protagonismo en el proceso constituyente que se estaba abriendo paso. El Real Decreto de Normas Electorales los consagrará como protagonistas cuasi absolutos del proceso electoral, sobre todo en el Congreso, al proponer un sistema proporcional y el sistema de listas cerradas y bloqueadas. Los pactos de la Moncloa establecieron los principios sustanciales de la vida de los partidos: organización y funcionamiento internos democráticos; un Registro de partidos con competencias formales; la financiación pública y su disolución judicial. La Ley de Asociaciones garantizaba su legalidad, incluyendo al “temido” PCE. El terreno para el reconocimiento constitucional de los partidos estaba convenientemente abonado.

Tras algo más de siglo y medio de presencia discontinua y desigual en nuestra particular historia constitucional se cerraría el clásico círculo histórico de Triepel. El constituyente de 1978 reconoció expresamente a los partidos políticos en el Título Preliminar de la CE, concretamente en el artículo 6. Veamos en qué términos y con qué consecuencias.

## 5.2 LOS PARTIDOS EN LA CE 1978: RECONOCIMIENTO Y FUNCIONES.

El arduo proceso de reconocimiento jurídico de los partidos en España cristalizó definitivamente en el texto constitucional de 1978. El constituyente español se hizo eco de la opinión doctrinal mayoritaria y la experiencia constitucional comparada favorable al reconocimiento constitucional de los partidos. En términos históricos, era una «deuda pendiente» con unas organizaciones que, una vez finalizada la II Guerra Mundial, desempeñaron un papel imprescindible en la reconstrucción de los Estados democráticos (NAVARRO MENDEZ, 1999, p. 165). Compromiso que, en el caso español, se contrajo principalmente a raíz del imprescindible papel que desempeñaron en la Transición, preludeo de la recuperación en España del sistema democrático.

---

como el más longevo régimen democrático y constitucional de España desde los lejanos días de la constituyente de 1812 (y si se me permite poner entre los paréntesis de la reserva a la restauración monárquica de 1876)”.

### 5.2.1 Los debates constituyentes: del artículo 4 del anteproyecto al artículo 6 CE.

La constitucionalización de los partidos se inscribe en el Título Preliminar, concretamente en el artículo 6. Una decisión «insólita» si se compara con otras soluciones adoptadas en Derecho comparado, especialmente los casos italiano y alemán<sup>776</sup>. En el caso italiano, los partidos están reconocidos en el artículo 49, perteneciente al capítulo de derechos y libertades<sup>777</sup>. En el modelo alemán, se encuadran en el artículo 21 LFB, dentro de la parte organizativa<sup>778</sup>. Para el legislador constituyente español forman parte de los «grandes principios generales» del texto constitucional enmarcados en el Título Preliminar<sup>779</sup>.

Un caso especialmente profuso de reconocimiento constitucional es el del artículo 10.2 del texto constitucional portugués, sin parangón en la formalización jurídica de la noción del «Estado de partidos». Además de reconocerlos como elementos vertebradores del sistema político les otorga cierta titularidad sobre los escaños, desvirtuando el mandato representativo y erigiéndolos al tiempo en límites al poder de reforma constitucional<sup>780</sup>. (TORRES DEL MORAL, 1998, p. 352)

De la decisión del constituyente se derivan dos consecuencias elementales. La principal es de carácter procedimental, pues su inclusión en el Título Preliminar les hace beneficiarios del régimen de protección agravado del art. 168 CE a los efectos de una

---

<sup>776</sup> En este sentido, Torres del Moral (1998, p. 352) afirma: “El Derecho comparado presenta tres niveles de incorporación de los partidos al aparato estatal. En palabras de G. Lombardi, este nivel es máximo en Alemania, donde al partido se le ha dado relevancia casi de órgano constitucional; notable en España, donde a los partidos se les reconoce personalidad jurídica; y fragmentario en Italia, donde solo su financiación es objeto de regulación jurídica, quedando fuera de ella totalmente su organización interna”.

<sup>777</sup> Artículo 49 Constitución italiana. Todos los ciudadanos tendrán derecho a asociarse libremente en partidos para concurrir con procedimientos democráticos a la determinación de la política nacional.

<sup>778</sup> Art. 21 LFB. 1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio. (2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal. (3) La regulación se hará por leyes federales.

<sup>779</sup> Art. 6 CE. Los partidos políticos son expresión del pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la Ley. Su estructura y su funcionamiento interno deberán ser democráticos.

<sup>780</sup> Art. 10.2. 2. Os partidos políticos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política.

hipotética revisión constitucional. Dicho con otras palabras: amplifica el carácter garantista que la inclusión de una determinada institución en un cuerpo constitucional tiene ya de por sí. Navarro Méndez se pregunta si de este estado de cosas cabe afirmar la existencia en el artículo 6º de una garantía institucional en favor del sistema de partidos español<sup>781</sup>.

La respuesta, afirmativa, es susceptible de dos matizaciones. En primer lugar, la garantía se establece en favor de la denominada «democracia de partidos», sistema en el cual los partidos son un canal privilegiado de interrelación entre la sociedad y el Estado, como así se deduce de su consideración de «expresión del pluralismo político» y «concurrentes a la formación y manifestación de la voluntad popular». Garantizar el pluralismo político es, al tiempo, límite y habilitación a la acción conformadora del legislador. Es límite al quedar la ley vinculada negativa y positivamente a proteger y promocionar el pluralismo de partidos respectivamente. Es igualmente habilitación al legislador para regular las condiciones requeridas a aquellas asociaciones que pretendan ser reconocidas como partidos y desarrollar las funciones encomendadas por el artículo 6 CE. (JIMÉNEZ CAMPO, 1988, p. 14; BLANCO VALDÉS, 1990, p. 132; NAVARRO MÉNDEZ, 1999, 203-5)

Especialmente contundente con las consecuencias de la inclusión de los partidos en el Título Preliminar se muestra Santamaría Pastor (2001, p. 87), para quien

Su ubicación [*de los partidos*] en el pórtico mismo del texto fundamental parece expresar una convicción del constituyente bastante poco alentadora respecto de la estructura formal del Estado: estas organizaciones «de relevancia constitucional» se presentan como los auténticos centros de poder y animación de la vida pública; los auténticos componentes del «sistema político», en suma, frente a la triada convencional de poderes clásicos, relegados tendencialmente a una condición subordinada de canales formales del poder político; de un poder que ya no reside en ellos [...].

El artículo 6 CE fue objeto de diferentes cuestionamientos en los trabajos parlamentarios previos a su redacción final, concretamente la ubicación topográfica de los partidos, su régimen jurídico y, sobre todo, la necesidad de su democracia interna y el órgano de control. La ubicación de los partidos en el Título Preliminar fue fruto de

---

<sup>781</sup> En favor de la consideración del artículo 6 como garantía institucional, cf. Ángel Rodríguez, 1992; Bastida Freijedo, 1992.

las enmiendas número 2, 35 y 63, presentadas respectivamente por los diputados conservadores Carro Martínez, Fuente de la Fuente y Fernández de la Mora. Su contenido giró en torno a la eliminación del artículo 4º del Título Preliminar y la reubicación de los partidos en el artículo 22 del anteproyecto, referido al derecho de asociación. En opinión de aquéllos, no había lugar para los partidos políticos entre los grandes principios generales de la Constitución. Una enmienda que, obvio es decirlo, fue rechazada.

En segundo término se encontraba la problemática del régimen jurídico a aplicar a los partidos políticos. El Grupo Parlamentario Socialista presentó la enmienda 328, en la cual se solicitaba aplicar el propio de las asociaciones. La redacción del artículo 6 debería incluir la expresión de que los partidos «se forman y ejercen su actividad libremente conforme al artículo 22». Esta enmienda corrió similar suerte a la anterior.

En tercer lugar el Grupo Mixto, en la figura del diputado Raúl Morodo y a través de la enmienda 457 pretendió la introducción de tres garantías adicionales al texto original: la democracia interna, la financiación pública y el órgano de control de los partidos<sup>782</sup>. En un primer momento dicha enmienda también fue rechazada en el Informe de la Ponencia Constitucional.

El clima de consenso que permeó la redacción del texto constitucional motivó la reconsideración y posterior aprobación de la enmienda correspondiente a la democratización interna de los partidos en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados. El porqué de la democratización interna de los partidos se justificará, según el prof. Tierno Galván, en la necesaria coherencia que debe existir entre la ideología democrática adoptada por la Constitución y el funcionamiento de los partidos. En este aspecto se siguió el patrón del artículo 21 de la LFB. Incluso, el constituyente español fue más allá, al añadir a la «estructura», el necesario «funcionamiento» interno democrático de los partidos. (BLANCO VALDÉS, 1990, pp. 125-7; TAJADURA; VÍRGALA, 2008, pp. 17-8)

---

<sup>782</sup> El texto de la enmienda 457 era el siguiente: 1. Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático y concurren a la formación y a la manifestación de la voluntad popular. Se forman y ejercen su actividad libremente, dentro del respeto a la Constitución y a la Ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos. 2. Los partidos, en cuanto medios de participación política de los ciudadanos, serán financiados con cargo a los presupuestos del Estado. 3. Corresponde al Tribunal Constitucional el control de lo dispuestos en este artículo.



Finalmente el artículo 6 CE, una vez aprobado por el Pleno del Senado, fue incorporado al texto constitucional con la siguiente redacción

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

El reconocimiento constitucional en favor de la democratización interna de los partidos era y es, como advertía el prof. Galván, una necesidad inherente a la democracia. El principio democrático, estructurante del Estado, no solo ha de condicionar la estructura organizativa y acción de los órganos estatales. También debe permear la acción de los partidos ante su condición de cuerpos intermedios privilegiados entre la sociedad y el Estado. Si los partidos políticos son los principales protagonistas de la participación política y de la interacción entre la sociedad y el Estado, su organización y funcionamiento interno deben ser reconocidamente democráticos.

La correcta conformación de la voluntad popular y su posterior conversión en voluntad del Estado ha de iniciarse en el interior de los partidos<sup>783</sup>. En este proceso, permanente y desarrollado entre sociedad y Estado, éstos desarrollan una tarea de mediación entre la multiplicidad de intereses y opciones sociales no reguladas y la unidad de acción y decisión estatal. Son, consecuentemente, un eslabón intermedio necesario en el proceso de formación de la voluntad política. (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, p. 465)

La legitimidad de origen y ejercicio de las instancias representativas estatales debe forjarse, en primera instancia, en sus procesos electivos<sup>784</sup>. La trascendencia de este momento para la vida política del país justifica la exigencia de contar con procedimientos electivos internos reconocidamente democráticos. Su ausencia erosiona la propia funcionalidad del sistema democrático, dificultando *in extremis* la necesaria

---

<sup>783</sup> En este sentido, Carrasco Durán (2014, pp. 179) afirma: “Los partidos políticos son los entes que concretan los programas que buscarán en las elecciones el apoyo de la ciudadanía y, de esta forma, contribuyen de manera decisiva a la formación de la voluntad popular que cristalizará en el Parlamento”.

<sup>784</sup> “Solo los partidos protagonizan la representación política y ello vincula, no solo a los representantes a través del mandato neoimperativo, sino a los representados que se ven sometidos forzosamente a ese monopolio de la representación. Por eso ha podido decirse, autorizadamente, que en el Estado de Partidos, estos son «los órganos últimos de creación de todos los órganos del Estado»”. (HERRERO R. DE MIÑON, 2002, p. 212)

circulación de las élites políticas y alejando aun más a la ciudadanía del instrumento partido<sup>785</sup>.

La función de integración de los cargos públicos representativos, prerrogativa genuina de los partidos, hace que de ellos se espere un funcionamiento democrático similar al que impregna el Estado. Ello posibilitará la realización plena del Estado democrático. La democratización de los partidos reforzaría la independencia y autonomía del cargo público representativo, permitiéndole actuar en dos direcciones complementarias: la participación de las decisiones del grupo del que forma parte y las suyas propias. Ignorar la democracia interna redundaría en la disminución de la representatividad de los dirigentes de los partidos, que pasarán a ser autónomos en la persecución de sus intereses y la función de reclutamiento. La eficacia del parlamentarismo representativo y sus principios funcionales pasan por la democratización de los partidos. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 91)

La democracia interna es una barrera frente a la «natural» tendencia de los partidos a la *fabricación* de oligarquías dominantes y un factor de estabilidad y legitimación del sistema democrático<sup>786</sup>. Su relevancia justifica la intervención del legislador en el ámbito funcional interno de los partidos políticos, que debe centrarse en tres aspectos elementales: a) Maximizar la participación de los afiliados en los procesos internos de toma de decisiones; b) Reconocer y garantizar un amplio catálogo de derechos fundamentales a los afiliados<sup>787</sup>; y c) Establecer mecanismos de control sobre

---

<sup>785</sup> Especialmente crítico con los partidos se muestra Herrero R. de Miñón (2002, p. 206), para quien: “Los partidos desarrollan una tendencia a apropiarse del poder que detentan, y en ello consiste la estamentalización. Pero, además, son el único estamento que no detenta un poder sectorial sobre una función o profesión concreta, sino sobre el poder político global. Y al ser éste el único que puede poner freno a la estamentalización, en este caso sirve de apoyo a la misma. La estamentalización de los partidos se agrava y acelera cada vez más porque los partidos políticos tienen los instrumentos para eliminar las inhibiciones a este proceso, aumentar sus privilegios y con ello separarse más y más de la sociedad”.

<sup>786</sup> Salazar Benítez (2006, p. 13) define las tendencias escasamente democráticas de los partidos en los siguientes términos: “[...] los partidos se han convertido en omnipresentes maquinarias a las que resulta muy difícil someter a los límites del Derecho. De manera paradójica, tanto su organización interna como su funcionamiento no suelen responder a los principios democráticos en que se fundamenta el sistema del que han acabado siendo sus principales gestores. A pesar de que ordenamientos constitucionales como el nuestro les exigen una vida interna democrática, en la práctica los partidos actúan como grandes círculos oligárquicos, escasamente transparentes y apoyados en los canales privilegiados de difusión que les ofrecen los medios de comunicación”. En favor de conceptualizar la democracia como barrera frente a las tendencias oligárquicas de los partidos, cf. Murillo de la Cueva, 2003, p. 32.

<sup>787</sup> Sobre los derechos fundamentales en el interior de los partidos, Herrero R. de Miñón (2002, p. 208) afirma: “[...] es claro que los derechos fundamentales tan solemnemente proclamados en la Constitución y que rigen, según tiene declarado el Tribunal Constitucional, no solo frente al poder público sino en las relaciones entre particulares, no rigen en el seno de los partidos políticos”. El propio autor cita como

los dirigentes<sup>788</sup>. En definitiva, promover la existencia real de una estructura orgánica y una gestión y control del poder “de abajo arriba”<sup>789</sup>. De esta forma se reforzaría la legitimidad de acción del partido, tanto como organización como en su dimensión institucional.

La intervención legislativa en favor de la democracia interna ha de ponderar dos bienes jurídicos dignos de protección constitucional: el cumplimiento del mandato del art. 6 CE y el respeto del contenido esencial del derecho de autoorganización del partido del art. 22 CE. Contrariamente a lo que pueda parecer, democracia interna y derecho de autoorganización son categorías jurídicas cuyo desarrollo normativo equilibrado posibilitan la supervivencia del partido. La democracia interna es un factor de legitimación funcional y social de los partidos, al dificultar que devengan organizaciones férreamente autoritarias aisladas por completo de la sociedad. La libertad organizativa posibilita la eficacia de acción y la imagen de unidad que todo partido precisa para subsistir en el mercado electoral. Los ciudadanos, a través de unos partidos libres, han de poder determinar, sin ser obstaculizados por los poderes públicos, la voluntad del Estado (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, p. 470).

En la búsqueda del tenso equilibrio entre democracia interna y derecho de autoorganización se centra el presente estudio<sup>790</sup>. Un equilibrio que debe tender a la progresiva democratización de los partidos. La inevitable unidad de acción y disciplina organizativa de los partidos no ha seguir imposibilitando la democratización de su organización interna – es decir, el acceso al poder dentro del partido – así como el

---

claros ejemplos las limitaciones al derecho a la libertad de expresión, al derecho de creación de corrientes internas como proyección del derecho de asociación o al propio de la participación política inhibido mediante la cooptación.

<sup>788</sup> En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 123.

<sup>789</sup> En este sentido, Solozábal Echevarria (1985, p. 160) afirma: “De hecho parece razonable la existencia en el partido de una estructura, como dice el Tribunal Constitucional alemán, de abajo arriba y que funcione de acuerdo con el principio de la representatividad en la decisión de los órganos y el de la decisión por mayoría”. En sentido análogo, Navarro Méndez (2009, p. 240) afirma: “El objetivo fundamental es lograr que las decisiones que emanan del partido sean objeto de un proceso que vaya «de abajo hacia arriba», esto es, de las bases del partido (afiliación) a los órganos dirigentes, y no al revés; o dicho de otra forma, que las decisiones partidistas expresen el parecer mayoritario del conjunto de la militancia. Se trata de buscar, por tanto, la legitimación democrática de las decisiones partidistas y la configuración de la imagen del afiliado esencialmente participativa”.

<sup>790</sup> En este sentido, Fernández Vivas (2013, p. 463) afirma: “Hay que partir de la premisa de que la posible intervención en los partidos políticos debe ser limitada, ya que cualquier medida que se adopte ha de respetar la libertad de éstos, de modo que determinados aspectos no pueden someterse al control jurídico, especialmente aquéllos ámbitos en los que pueda quedar amenazada la propia autonomía de los partidos y que resulten imprescindibles para el adecuado cumplimiento de sus funciones”.

proceso de toma de decisiones. Una y otra cuestión puede y debe ser objeto de control jurídico. La promoción del pluralismo interno y la renovación periódica de los candidatos de acuerdo a las preferencias de la militancia tienen indudable repercusión en la correcta formación de la voluntad general<sup>791</sup>. La democracia interna, no cabe duda, es *conditio sine qua non* para que los partidos políticos puedan cumplir las funciones que le son encomendadas por el art. 6 CE. A la interrelación entre una y otras dedicaremos el siguiente apartado. (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, pp. 463-4)

### 5.2.2 El art. 6 CE 1978: las funciones de los partidos y la democracia interna.

Como es bien sabido, dos son los modelos de reconocimiento constitucional de los partidos políticos. El primero gravita en torno a la *mera consideración* de sus funciones. El segundo se basa en la efectiva *incorporación* de aquellos al sistema constitucional. La opción por uno u otro modelo acarrea consecuencias jurídicas diversas. En el primer caso, el de la mera consideración de las funciones, prima el derecho subjetivo y el principio de libertad de creación de partidos, si bien su existencia y actividad quedan condicionadas al cumplimiento de determinados requisitos. En el supuesto de la incorporación constitucional, la relevancia de las funciones es de tal importancia que las mismas se adoptan como base para configurar el concepto de partido político. (BASTIDA FREIJEDO, 2009, pp. 22-3)

La CE se enmarcó dentro de los textos constitucionales que reconocen – sin por ello incorporar – la relevancia que para el engranaje institucional democrático tienen las funciones desarrolladas por los partidos<sup>792</sup>. En consecuencia, del art. 6 CE cabe extraer las siguientes conclusiones: a) Describe las funciones que sociológicamente caracterizan a los partidos sin vincular su existencia y consideración al efectivo desarrollo de dichas funciones; b) la creación de los partidos no estará condicionada ni

---

<sup>791</sup> “La composición y el funcionamiento interno de los partidos políticos es un elemento de capital importancia para valorar la calidad del sistema político. En los momentos de renovación del liderazgo interno esa importancia se hace mucho más visible. Los partidos políticos son agentes principales de la competición política y, en consecuencia, su funcionamiento interno y las vicisitudes por las que pasa la solución a sus problemas de liderazgo, no nos pueden ser indiferentes. Los problemas internos de los partidos no son propiamente internos, sino que tienen una dimensión política general que va más allá de sus filas”. Javier Pérez Royo, *El País*, 11 de abril de 2008. Disponible en [http://elpais.com/diario/2008/04/11/andalucia/1207866133\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/04/11/andalucia/1207866133_850215.html) (consultado el 30/07/2013)

<sup>792</sup> Un encuadre que será prontamente reconocido por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 3/81, F.J. 1, la 85/86, F.J. 2 y, sobre todo, la 48/2003, F.J. 5.

al cumplimiento de tales funciones ni al logro de determinados fines y; c) la trascendencia que las funciones partidarias tiene en el engranaje democrático exige una organización y funcionamiento internos de los partidos acorde al principio democrático. (BASTIDA FREIJEDO, 2009, p. 23)

No cabe duda alguna del estatus de los partidos como elementos vertebrales del Estado democrático español. Su condición de vínculo de unión entre la sociedad y el Estado, y su naturaleza de instrumento a través del cual la ciudadanía puede influir en las decisiones de los gobernantes y concurrir organizada y periódicamente a la determinación de la dirección política, hacen de ellos *conditio sine qua non* del régimen democrático representativo<sup>793</sup>. El reconocimiento constitucional de los partidos es la consagración al máximo nivel normativo de la conocida doctrinalmente como «democracia de partidos» (SALAZAR BENÍTEZ, 2006, p. 26).<sup>794</sup>

Los partidos políticos son expresión preferente de un hecho anterior a ellos consagrado como valor superior en nuestro orden constitucional: el pluralismo político del art. 1ºCE. La sociedad democrática se articula en base a la igual consideración de las diferentes ideologías políticas que compiten entre sí para transformar su programa político en Derecho<sup>795</sup>. Un valor que, más allá de su dimensión sociológica como tolerancia entre personas y grupos, tiene igualmente un valor jurídico objeto de protección constitucional. La diversidad de enfoques ideológicos, las discrepancias y divergencias de criterio y el debate contradictorio son valores consustanciales al Estado

---

<sup>793</sup> En este sentido, Rebollo Delgado (2007, p. 48) afirma: “[...] el artículo 6 CE introduce en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez en su historia, la aceptación del partido político como intermediario entre la organización estatal y las pretensiones del ciudadano. Su misión es reducir la complejidad social y canalizarla teniendo como pretensión el interés general. Cumple así el partido político desde la teoría constitucional una doble función: moldea la voluntad política, la organiza y la establece como modelo de actuación del Estado; a la vez que su propia existencia y actividad es expresión del pluralismo social”.

<sup>794</sup> En esta línea, Solozábal Echevarría (2001, p. 157) afirma: “De los partidos depende, en forma decisiva, que el Estado sea democrático, señala Stein, por eso la democracia es un Estado de partidos, que es una cosa muy diferente de lo que es su forma degenerada, digámoslo aristotélicamente, la partidocracia. La función de los partidos es triple: ofrece alternativas ideológicas de acción de gobierno: articula «policies»; es base del reclutamiento de las élites políticas o los gobernantes; formula, integra y orienta la opinión pública [...]. Tareas que se condensan en la función por excelencia que es, como dice Mortati, posibilitar la intervención del pueblo en la política al transformarlo de masa indiferenciada en organismo de voluntad consciente. Se trata del instrumento que en el Estado contemporáneo da al pueblo «osamenta política»”.

<sup>795</sup> En este sentido, Kelsen (2009, pp. 226-7) afirmó que: “[...] el relativismo es la concepción del mundo que está en la base de la idea democrática. La democracia aprecia por igual la voluntad política de todos, como también respeta por igual todo credo político, toda opinión política, cuya expresión es la voluntad política”.

democrático. Unos valores que junto a los restantes parámetros axiológicos – libertad, justicia e igualdad – componen el origen de los derechos fundamentales y las reglas procedimentales que condicionan la actividad del conjunto de los órganos estatales.

La expresión racional y organizada del pluralismo político es función *genuina* de los partidos políticos<sup>796</sup>. Un reconocimiento con innegable valor dialéctico al excluir tanto el unitarismo ideológico de las denominadas doctrinas oficiales cuanto el monolitismo organizativo del partido único. El ser expresión primaria del pluralismo político no les ha de convertir, en palabras de Pérez-Moneo Agapito, “en presuntuosos”, ya que no son las únicas organizaciones que lo expresan en la sociedad, si bien son canales privilegiados en este sentido (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 44).

La adecuada materialización del pluralismo político requiere de su garantía tanto en el ámbito externo – por ejemplo, garantizando la igualdad de oportunidades en la concurrencia electoral –, como en el ámbito interno, exigencia derivada del mandato de «democracia interna» del art. 6 CE<sup>797</sup>. Medidas adecuadas para la promoción del pluralismo político en su dimensión *intra partidaria* son el garantizar la libertad de expresión, las corrientes de opinión, el reconocer los derechos de las minorías, etc (NAVARRO MÉNDEZ, 1999, p. 231). Dicho con otras palabras: la construcción de una sociedad verdaderamente pluralista comienza garantizando el pluralismo ideológico en el interior de los partidos. Si los partidos son el principal vehículo de expresión política de la ciudadanía, ha de garantizarse jurídicamente la expresión en su interior de las diversas corrientes ideológicas que permean la sociedad democrática.

La articulación jurídica del pluralismo político precisa de un sistema de libre creación y actividad de partidos garantizados por los poderes públicos<sup>798</sup>. Tanto al

---

<sup>796</sup> En esta línea, Santamaría Pastor (1985, p. 88) afirma: “[...] el Estado democrático se basa en el pluralismo ideológico, que encarna en organizaciones de acción política que son los partidos, los cuales son el cauce esencial y normal para la participación de los ciudadanos en la vida política. Pero todo ello sin carácter monopolístico: de un lado, los partidos solo «expresan» el pluralismo político, esto es, son una manifestación organizativa del mismo, pero no la única; [...]”. En sentido contrario, De Carreras Serra (2004, p. 103) afirma: “[...] solo los partidos expresan el pluralismo político porque son asociaciones cuya meta es el ejercicio de dicho poder político; las demás asociaciones se limitan a expresar otros tipos de pluralismo”.

<sup>797</sup> En esta línea, Flores Giménez (1998, p. 62) afirma: “[...] si el Estado queda definido por su carácter democrático y adopta en lógica consecuencia el pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), parece justificado que los actores fundamentales de la vida política asuman, como garantía de que la democracia no es solo formal, ese mismo carácter y ese mismo valor”.

<sup>798</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 33) afirma: “En la determinación de sus objetivos, un partido cuenta con una gran libertad, lo que resulta coherente con el máximo grado de pluralismo

legislador cuanto a los poderes públicos en general le están vedadas interferencias o intromisiones injustificadas en la actividad de los partidos. En este ámbito, el de asegurar una razonable uniformidad de trato de los partidos, cobra especial relevancia el principio de igualdad. No se trata de alcanzar la continua homogeneidad de trato, sino de garantizar la inexistencia de diferenciaciones subjetivas y arbitrarias que contravengan el principio de igualdad. (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, pp. 469-72; JIMÉNEZ CAMPO, 1988, p. 17; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 33)

Junto a la expresión del pluralismo político, los partidos pueden «concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular»<sup>799</sup>. Se trata, seguramente, de su función principal en el sistema democrático<sup>800</sup>. En cierto sentido, es producto del sumatorio de las otras dos funciones constitucionalmente reconocidas, ya que implica asumir tanto la existencia del pluralismo como la disposición de los partidos al servicio de la participación ciudadana (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 51-2). Se ha visto anteriormente que la sociedad democrática se caracteriza por la pluralidad de ideologías concurrentes al logro de la titularidad periódica del poder estatal. Un pluralismo que es expresión de una voluntad popular en un primer momento heterogénea y amorfa. Es función de los partidos, preferentemente a través de los procesos electorales, aglutinar y convertir una voluntad ciudadana desorganizada y dispersa en reconocible y dirigida hacia la toma del poder en el Estado<sup>801</sup>. La consecuencia de esta función es la voluntad continua de concurrir a las elecciones, campo en el que ejercen la función primordial que nuestra CE les otorga y que constituye su principal *leitmotiv* (GARCÍA GUERRERO, 1990, p. 151; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 51 y ss).

---

reconocido en nuestra Constitución. En consonancia, la realidad social ha de estar abierta a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer, impidiéndose una intervención del poder público que pueda desvirtuar tal expresión de pluralismo político”.

<sup>799</sup> Sobre la no obligatoriedad de concurrir a las elecciones en nuestro Derecho de los partidos, Navarro Méndez (1999, p. 234) afirma: “[...] no se impone a los partidos políticos la obligación de concurrir a las elecciones, de forma que, aun no haciéndolo, no por ello perderán su condición de tales, ni los privilegios (también cargas) que ello comporta”.

<sup>800</sup> En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, p. 51.

<sup>801</sup> En esta línea, De Otto (1985, p. 92) afirma: “[...] podemos entender también que solo es voluntad popular en sentido técnico-jurídico del término aquella que los ciudadanos expresan cuando son llamados a crear mediata o inmediatamente derecho; no la expresan cuando ponen lícitamente de manifiesto su voluntad o su opinión, en tal caso entenderíamos que concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular supone concurrir a las elecciones”. En sentido similar, cf. Navarro Méndez, 1999, p. 234.

No se agotan aquí las consecuencias de la consideración jurídica de los partidos como organizaciones concurrentes a la formación y expresión de la voluntad popular. Los partidos en modo alguno han de disponer para sí del monopolio del juego político. En una sociedad políticamente pluralista han de concurrir no solo entre sí, sino con otras fuerzas de naturaleza política. Ha de rechazarse toda concepción excluyente del sistema de partidos que haga de ellos los únicos actores del juego político. La propia noción de concurrencia indica, invocando los artículos 14 y 9.2 CE, una posible intervención de los poderes públicos ante situaciones de desigualdad de oportunidades. (SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, 1985, p. 162).

Al igual que ocurre con el pluralismo político, la correcta formación de la voluntad popular y su conversión en voluntad del Estado precisa, inexcusablemente, de la democratización interna de las organizaciones partidarias. Los partidos solo serán auténticas *correas de transmisión* entre las diferentes opciones políticas del electorado y el Estado cuando garanticen en su seno la discrepancia y el contraste ideológico más allá de la reproducción de los planteamientos oficiales de los grupos dirigentes. Dicho con otras palabras: las diversas corrientes de opinión sociales han de encontrar resonancia en el interior de los partidos y son una referencia irrenunciable en la comprobación del nivel de democracia interna de las formaciones políticas<sup>802</sup>. Las corrientes de opinión internas revitalizan el partido al entrenar la cultura dialéctica y política de sus integrantes, estimular la afiliación y reforzar la vocación política de las bases. En suma, refuerzan la democracia en el propio partido. (GIMÉNEZ FLORES, 1998, pp. 234-5; NAVARRO MÉNDEZ, 1999, p. 233)

En tercer lugar, los partidos políticos son «instrumentos fundamentales para la participación política», mediante la cual se produce la integración de la voluntad popular en las instancias estatales<sup>803</sup>. Como se vio anteriormente, la participación

---

<sup>802</sup> “Los partidos son organizaciones casi tan complejas como la sociedad en la que se desenvuelven, pues la pluralidad de intereses que en ésta conviven provoca que aquellos fabriquen diversidad de intereses y acciones políticas”. (GIMÉNEZ FLORES, 1998, p. 234)

<sup>803</sup> A respecto del partido como instrumento fundamental para la participación política, Ramírez (1992, p. 32) es ciertamente crítico con la desmedida amplitud que ha llegado a adquirir el término al afirmar: “Lo de «fundamental» se está convirtiendo en exclusivo a través de mil razones y vericuetos. Cuando en las democracias largamente consolidadas los partidos tienden a ser cada vez más máquinas electorales y cuando su propia naturaleza ha llegado al incoloro «partido cógelo-todo» de los partidos de electores, aquí se continúa en la santa veneración y en la triste resignación ante quienes se autoconsideran únicos representantes del querer nacional. Representantes del todo y de todos. Sin parar mientes en factores



política se configura en nuestro sistema como derecho fundamental (art. 23 CE). Un derecho *gracias* al cual se produce la legitimación democrática de los poderes del Estado<sup>804</sup>. La participación política tiene dos vertientes de expresión: la representación y la participación directa y semidirecta. En vez de ser entendidos como canales democráticos complementarios de articulación del principio de soberanía popular, nuestro sistema ha privilegiado descaradamente la representación sobre la participación directa y semidirecta<sup>805</sup>. El monopolio de la representación política por los partidos, tanto en el ámbito electoral cuanto parlamentario, les ha valido el dudoso calificativo de «nuevo Príncipe» o los nuevos *dueños del poder*<sup>806</sup>.

La elección, organización y funcionamiento interno de las instituciones básicas de la democracia representativa, las Cortes Generales y el Gobierno, es prerrogativa no formalizada, pero sí efectiva de los partidos políticos. En el Estado de partidos vigente, la gran mayoría de las decisiones relevantes en materia política se toman, en mayor o menor medida, en la cúpula del partido dirigente para después trasladarse a los centros de poder antedichos (NAVARRO MÉNDEZ, 2009, p. 236). Este monopolio funcional se repite en el ámbito autonómico y local. La alternativa electoral a los partidos, las agrupaciones electorales, “disfrutan” de un régimen normativo tan severo en comparación al establecido para los partidos, federaciones o coaliciones que su presencia es prácticamente anecdótica en la competición electoral<sup>807</sup>. Un ejemplo

---

como escasa militancia, pobre penetración en la sociedad, abstención electoral, luchas internas, rápido proceso de oligarquía interna, etcétera”.

<sup>804</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 47) afirma: “Y es que, principalmente, los partidos sirven de cauce a la representación política a través de las elecciones. Presentan a los electores programas políticos, documentos que aúnan distintas reivindicaciones políticas, agregando diversos intereses políticos, tratando de formar un programa coherente”.

<sup>805</sup> En este sentido, Sánchez Morón (2008, p. 226) afirma: “En mayor medida que en otros Estados europeos, nuestra práctica de la democracia se ha caracterizado y se caracteriza por el acusado protagonismo de los partidos políticos en la escena institucional. Nuestra democracia es, en el plano histórico y real, aunque no lo sea en el constitucional, un Estado de partidos. Estos no solo son instrumento fundamental para la participación política, tal como les reconoce el artículo 6 de la Constitución, sino que vienen a monopolizarla en la práctica. Y además con unas connotaciones que limitan de facto las posibilidades reales de participación de la mayoría de los ciudadanos”.

<sup>806</sup> En este sentido, Soriano Díaz (1999, p. 266) afirma: “Los partidos políticos son los dueños de la vida política de nuestro país; ellos imponen su criterio incontestable y nadie puede hacer nada fuera de su control. La vida política es la vida de los partidos políticos. Los partidos dominan y su dominio es intenso y extenso; dominan a los electores, a los militantes, a los colectivos sociales, a las instituciones”. En sentido similar, cf. Herrero R. de Miñón, 2002, pp. 201 y ss.

<sup>807</sup> En este sentido, Soriano Díaz (1999, p. 267) afirma: “[...] los partidos políticos son de hecho el único medio para la participación electoral; la legislación electoral está concebida para ellos; basta una simple lectura del articulado para comprobarlo. No hay una prohibición formal para la presentación de candidaturas fuera de los partidos, pero un candidato aislado nada puede hacer si no es dentro de una

singular es la exigencia de la firma del 1% de los inscritos en el censo electoral de la circunscripción de que se trate en el caso de agrupaciones de electores<sup>808</sup>. Mientras tanto, a los partidos, federaciones o coaliciones sin representación se les exige el 0,1% (art. 169 LOREG)<sup>809</sup>. La norma debe, de acuerdo con Pérez-Moneo Agapito (2012, p.237) “reputarse inconstitucional”.

Un control similar ejercen los partidos sobre los institutos jurídicos de la democracia directa y semidirecta. Monopolizan las campañas electorales del referéndum, excluyendo a cualesquiera otras organizaciones sociales. El grado de intervención que ejercen sobre la ILP puede calificarse de absoluto, sea en el ámbito material o en el procedimental. No hay como negar que en nuestro sistema es el único canal *de facto* de expresión política de la ciudadanía<sup>810</sup>. Su omnipresencia en las instancias representativas y el consecuente ostracismo a que siguen condenando a los mecanismos de democracia directa y semidirecta están esclerotizando un sistema democrático que precisa, sin más dilaciones, de la incorporación de la ciudadanía a las estructuras de poder y decisión estatales<sup>811</sup>.

---

estructura de partido, porque carece de la infraestructura material y técnica, los recursos humanos y la capacidad económica que dispensan los partidos”.

<sup>808</sup> En este sentido, Sánchez Morón (2008, p. 226) afirma: “[...], el sistema de partidos español – incluido el diferenciado de algunas Comunidades autónomas – es un sistema excesivamente consolidado y cerrado, en la medida en que dificulta seriamente la aparición de nuevas opciones en el tablero electoral con posibilidades ciertas de alcanzar una representación mínimamente significativa”.

<sup>809</sup> Sobre los agravios normativos entre partidos y agrupaciones de electores, Salazar Benítez (2006, pp. 83-4) afirma: “La única vía de la que disponen los ciudadanos para presentarse como candidatos al margen de los partidos son las agrupaciones de electores. Sin embargo, los requisitos establecidos legalmente, las ventajas de las que gozan aquéllos han determinado que en la práctica hayan sido escasas las candidaturas presentadas a través de esta vía. Las agrupaciones, a diferencia de lo que ocurre con los partidos, y al igual que sucede con las coaliciones, tienen su vida constreñida a un concreto proceso electoral, sin que generen una asociación política. Este carácter temporal determina la carencia de unas estructuras, materiales y humanas, que tan necesarias son en cualquier proceso electoral. Piénsese en los medios de los que disponen los grandes partidos para enfrentarse a cualquier campaña electoral, frente a los cuales las posibilidades de actuación de una agrupación de electores son mínimas. Si a eso añadimos el progresivo desinterés de los ciudadanos por los asuntos públicos encontramos una obvia explicación al carácter anecdótico que las agrupaciones han tenido en los procesos electorales celebrados en los países. A esas dificultades debemos añadir las exigencias establecidas por la misma ley electoral”.

<sup>810</sup> En este sentido, Torres del Moral (1998, p. 354) afirma: “El fortalecimiento de los partidos políticos fue la idea motriz del constituyente y del legislador durante toda la transición política. Por eso, no se trata tanto de que los partidos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y sean instrumento de participación cuanto de que, por una vía u otra, son casi los únicos que pueden ejercer dichas funciones. Por ello y para ello el Ordenamiento jurídico español les confiere prerrogativas que les faciliten el desempeño de tales cometidos, preferentemente de los electorales”.

<sup>811</sup> En esta línea, Ramírez (1992, p. 32) afirma: “[...] lo que parece evidente es que el excesivo protagonismo de los partidos está encorsetando y limitando gravemente la frescura misma de la democracia. Si un día hubo que acabar, con acierto, con la llamada «sopa de siglas», hoy creo que hay que empezar a poner fin a lo de «partidos hasta en la sopa». La presencia de los partidos está en lo previsto y en lo no previsto. Hasta incluso, con total razón normativa, se procede a la elección

El reconocimiento constitucional de los partidos como «instrumento fundamental para la participación política» dista de ser una realidad. Los actuales partidos actúan con desmedida frecuencia sin tener en cuenta la opinión de la militancia. Mucho menos someten a control de la misma sus decisiones principales. Su estructura férreamente burocratizada y centralista les niega la deseada condición de agentes de dinamización social. No reflejan con un grado adecuado las demandas de la sociedad a la que en principio dicen servir. No hay duda que los partidos son organizaciones autorreferentes, ocupadas principalmente en las disputas internas de poder entre las élites dirigentes y los aspirantes<sup>812</sup>. El sistemático incumplimiento de los programas electorales y su escasa interpenetración con la sociedad, más allá de los periodos electorales, pone en entredicho su función de representación e intermediación entre la sociedad y el Estado. (HERRERO R. DE MIÑÓN, 2002, pp. 201 y ss; SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 226; SORIANO DIAZ, 1999, p. 266)

En definitiva, la clara preeminencia de los partidos como articuladores de la participación política y su condición de medios exclusivos de participación de la ciudadanía en democracia hace aun más importante, si cabe, la adecuación de sus estructuras internas a parámetros reconocibles de democratización. Si el ejercicio del derecho de participación política es canalizado en su doble vertiente a través de la intermediación de los partidos, garantizar jurídicamente la existencia de canales internos de participación de los afiliados es *conditio sine qua non* de cualquier proyecto democrático. La inexistencia de alternativas participativas auténticas e influyentes no intermediadas por los partidos justifica, en mayor medida si cabe, la reducción de los márgenes de libertad configurativa del legislador estatal o partidario en *pro* de los derechos fundamentales de participación de los afiliados<sup>813</sup>. En juego está nada menos que la vigencia real del art. 23CE.

---

parlamentaria de otros órganos o poderes, el asunto se convierte en componenda de partidos, en mero reparto de cuotas. Los criterios de otra índole (calidades, especialización, experiencia, consulta de los intereses afectados, etc.) brillan por su ausencia. Así es y, sobre todo, así tiene la sociedad conciencia y creencia de que es. Que ambas cosas importan”.

<sup>812</sup> En este sentido, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p.51.

<sup>813</sup> En este sentido, Vírjala Foruria (2002-2003, p. 244) afirma: “El principio de democracia interna admite diversas concreciones, pero un elemento indispensable de cualquier concreción democrática pasa por el reconocimiento al afiliado de todos los derechos fundamentales, por lo que el margen de configuración del legislador estatal o partidario no debería poder ser tan amplio”.

La cuestión de la democracia interna no solo resulta elemental para la participación de los afiliados en la toma de decisiones y las estructuras de poder de los partidos. La democracia precisa para su consolidación y perfeccionamiento de la circulación y regeneración periódica de las élites políticas. La persistencia de las oligarquías dirigentes no solo cercena el derecho de participación de los militantes. Impide, por extensión, la necesaria renovación periódica de aquéllas, contribuyendo inefablemente a la perpetuación tanto en las cúpulas de los partidos como del Estado de los «profesionales de la política»<sup>814</sup>.

La conversión de los políticos en un reducido grupo de “profesionales”, difícilmente reemplazables, contribuye igualmente a la negativización social de los partidos. Unos partidos, no es vano recordarlo, ya seriamente percibidos como elementos disfuncionales en su labor de intermediación y representación ante la sociedad<sup>815</sup>. La existencia de partidos eminentemente oligárquicos y «políticos profesionales» son consecuencia, en parte, de una tradición democrática incipiente y refractaria a la incentivación de la militancia<sup>816</sup>. Es a los partidos a quienes corresponde la captación social – no solo la cooptación endogámica – de los futuros cargos públicos representativos.

Este déficit de democracia interna se refleja igualmente en el prestigio de las listas electorales que les son presentadas a los electores. Garantizar la democracia electiva en el interior de los partidos contribuirá en buena medida a ofrecer a los votantes los mejores candidatos. Como afirma Soriano Díaz (1999, p. 269) “La democratización interna se convierte en la garantía de una selección de candidatos capaces y honestos”.

---

<sup>814</sup> Sobre los males de la «profesionalización de la política», Soriano Díaz (1999, p. 273) afirma: “Un problema difícil de resolver y que afecta negativamente a la buena imagen de los partidos es el fenómeno de la profesionalización. En ellos habitan y de ellos se benefician «profesionales», que hacen de la política una profesión de por vida y no una vocación de servicio a la sociedad. El ejercicio de la política sería una actividad más saneada en la medida en que se mantuviera como una actividad de vocación, porque la política siempre genera clientelismo y círculos de intereses, que podrían ser contrarrestados, si los políticos no se eternizaran en los cargos públicos”.

<sup>815</sup> En este sentido, Tajadura y Virgala (2008, p. 28) afirman: [...] no podemos dejar de constatar que, la conciencia bastante generalizada de que los partidos no satisfacen esos requisitos democráticos en su organización y funcionamiento interno, está en la base de un alejamiento de muchos ciudadanos de los mismos”.

<sup>816</sup> En sentido similar, cf. Sánchez Morón, 2008, pp. 226-7.

La selección interna de los candidatos es un momento de especial trascendencia en la vida política del país. Sus consecuencias no solo se proyectan sobre la vida interna de los partidos; también lo hacen directamente en la composición del Parlamento y del Poder Ejecutivo. En el escenario nacional, ni la LOPP ni la LOREG establecen un *minimum* sobre el *cómo* han de ser elegidos los candidatos electorales. Las únicas consideraciones, realizadas por esta última, dicen a respecto de la legitimación para la presentación de las candidaturas y la correcta configuración de las mismas. El legislador, ingenua o interesadamente, parte de una situación en la que se da por hecho que los partidos cumplirán espontáneamente el mandato del art. 6 CE. Su funcionamiento real, como se ha visto, permite tener una actitud menos inocente. Este vacío legal deja en manos de los Estatutos su conformación, actividad en la que cuentan con un amplio margen de discrecionalidad. Ello hace de los procesos de selección de candidatos una cuestión eminentemente extralegal, circunstancia cuanto menos paradójica si se entiende como un momento de innegable trascendencia para la vida funcional del Estado democrático. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 176 y ss)

La cuestión de la democracia interna es un fenómeno poliédrico con repercusión directa en la legitimidad de origen y sostenibilidad funcional del sistema democrático en su conjunto. La lógica generalidad del mandato constitucional del art. 6 CE, junto a su relevancia sistémica, hace inexcusable la intervención concretizadora del legislador orgánico<sup>817</sup>. Una intervención que en el caso español, primeramente en la Ley 54/1978 y posteriormente en la Ley 6/2002, dista de ser convenientemente satisfactoria<sup>818</sup>. El análisis de las causas y consecuencias de la insuficiencia del Derecho de Partidos en materia de democracia interna ocupará los siguientes apartados del presente capítulo.

---

<sup>817</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 111) afirma: “Frente a este fenómeno de la falta de democracia interna en los partidos, el Estado no puede permanecer inerte. No solo desde una perspectiva práctica resulta positivo conseguir la democratización de los partidos, pues parece razonable pensar que sin una formación democrática de la voluntad interna de los partidos difícilmente podrá conseguirse una formación democrática de la voluntad estatal”.

<sup>818</sup> Sobre la insuficiencia de la Ley 54/1978 en materia de democracia interna, Soriano Díaz (1999, pp. 267-8) nos ofrece una interesante perspectiva histórica al afirmar que: “Nuestro país es uno de los que más adolece de falta de democracia partidista, llamando la atención dos cosas: que aun los políticos no se hayan atrevido a reformar la norma reguladora de partidos, a pesar de ser una ley preconstitucional: la ley 54/1978, de 4 de diciembre, de partidos políticos, de haber pasado ya una veintena de años desde su promulgación y de contener grandes carencias, y que esta ley esté muy por debajo de los mínimos democráticos de otras leyes de partidos europeas promulgadas con anterioridad”.

### 5.3 LA DEMOCRACIA INTERNA EN LA CE 1978 Y LA LEY ORGÁNICA 06/02, DE 27 DE JUNIO, DE PARTIDOS POLÍTICOS (LOPP).

#### 5.3.1 La aparición de la democracia interna en la sociología política: una breve introducción.

El estudio y análisis jurídico del mandato de democracia interna del art. 6 CE y su posterior desarrollo legislativo en la Ley 6/2002 (en adelante, LOPP) requiere un sucinto ejercicio previo con el objeto de entender adecuadamente cuales son las reglas que condicionan el funcionamiento real de unas organizaciones que dominan con puño de hierro el espacio político-jurídico de nuestro modelo de democracia representativa. Una aproximación exclusivamente jurídica corre el riesgo de caer en la peligrosa «ilusión del jurista», es decir, el convencimiento equívoco de que en el Derecho se encuentran los orígenes y las soluciones a todos los males que aquejan al funcionamiento de los partidos. Y es que, quizás en este punto más que en ningún otro, se muestre claramente la diferencia entre la «realidad constitucional» del mandato de democracia interna del artículo 6 CE y la «realidad material»: la refractariedad de los partidos a su autolimitación normativa. (NAVARRO MÉNDEZ, 1999, p. 97)

Los inicios del s. XX dieron lugar al estudio de la problemática de la «democracia interna» desde una perspectiva eminentemente sociológica. Serán Moisei Ostrogorski<sup>819</sup>, Robert Michels<sup>820</sup> y Max Weber los primeros estudiosos de las relaciones entre los partidos y los incipientes modelos democráticos en el periodo anterior a la Iª Guerra Mundial<sup>821</sup>. En líneas generales, los tres autores llegaron a conclusiones igualmente pesimistas sobre el grado posible de democratización interna

---

<sup>819</sup> OSTROGORSKI, Moisei. *Democracy and the Organization of the Political Parties*, 1902.

<sup>820</sup> MICHELS, Robert. *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, 1911.

<sup>821</sup> Navarro Méndez (1999, p. 101) resume certeramente las conclusiones a que llegarán ambos autores en los siguientes términos: “[...] Ostrogorski adelanta, por vez primera, un aspecto de la vida de los partidos sobre el que más tarde otros autores, especialmente Michels, continuaron investigando: los peligros que para el sistema democrático tiene un modelo de partido caracterizado por el mantenimiento de sus capas dirigentes y su autoperpetuación, esto es, el establecimiento de una oligarquía dominante y la ausencia de participación interna «de abajo arriba», con lo cual, los partidos dejan de ser aquello para lo cual en principio deberían estar llamados en un Estado democrático: ser los canalizadores de las demandas sociales desde el Estado-comunidad hacia el Estado-aparato. Cuando se corta ese canal de comunicación, el sistema democrático en su conjunto, manejado por los partidos, se resiente, y aquellos pasan a generar intereses autónomos al de la base social que los apoya. En definitiva, los partidos dejan de contribuir a realizar la idea de democracia para constituirse en un obstáculo a la misma”.

de unas organizaciones que para su propia pervivencia orgánica precisaban de un alto grado de burocratización y de una oligarquía estable y profesional al frente.<sup>822</sup>

Ese «pesimismo realista» sería caracterizado singularmente por Robert Michels, a quien se debe la autoría intelectual de la clásica expresión «la ley de hierro de la oligarquía»<sup>823</sup>. Una “ley” que con el paso del tiempo ha adquirido los perfiles de una norma no escrita poco menos que universal e inmutable. En síntesis, Michels llega a la conclusión de que los partidos son organizaciones sociológicamente refractarias a la democratización de sus estructuras y funcionamiento interno. El porqué de esta actitud reside en la existencia en su seno de unas oligarquías dirigentes que ansían, por encima de cualquier otro propósito, la conservación de sus parcelas de poder. Solo de esta forma es posible la supervivencia del partido en un mercado electoral competitivo y la conquista y mantenimiento de los centros de poder estatales<sup>824</sup>. En este contexto de competición, burocratización y profesionalización, las posibilidades reales de hacer del partido una organización reconociblemente democrática son mínimas. (MICHELS, 2008, pp. 155 y ss)

Posteriormente, fue Max Weber quien dedicó una notable atención al incipiente fenómeno de burocratización de los partidos políticos. La imparable

---

<sup>822</sup> Lenk y Neumann afirman que fue Richard Schmitt el primer estudioso de la teoría de los partidos como factor importante en la Teoría del Estado. En 1901 el autor los definirá como «fuerzas de la vida social conformadoras del Estado» y medios de articulación de la voluntad política de los ciudadanos. El citado autor, según Lenk y Neumann, se anticipó a la sociología de los partidos y al propio Weber al establecer, aun no denominándolos de tal forma, dos tipologías elementales de partidos, el de intereses y el ideológico. Una división que desde entonces se ha conservado en la teoría de los partidos. Cf. Lenk y Neumann, 1980, pp. 28-9.

<sup>823</sup> “Reducida a su expresión más concisa, la ley sociológica fundamental de los partidos políticos (el término «político» toma aquí el significado más amplio) puede ser formulada en los términos siguientes: «La organización es la que da origen al dominio de los elegidos sobre los electores., de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los delegadores. Quien dice “organización”, dice “oligarquía”». (MICHELS, 2008, p. 191)

<sup>824</sup> En este sentido, Michels (2008, p. 191) afirmó: “Cabe advertir que en los partidos democráticos de hoy día los grandes conflictos de opinión son cada vez menos combatidos en el campo de las ideas y con las armas de la teoría pura, que por eso degeneran cada vez más hacia luchas e invectivas personales, para plantearse por último sobre consideraciones de carácter puramente superficial. Los esfuerzos realizados por cubrir las disensiones internas con un velo piadoso son el fruto inevitable de la organización basada sobre principios burocráticos, pues, ya que el objetivo principal de esa organización es incorporar el mayor número posible de miembros, toda lucha ideológica dentro de los límites de la organización ha de ser considerada, por fuerza, como un obstáculo para la realización de sus propósitos y, en consecuencia, un obstáculo que debe ser evitado a todo precio. Esta tendencia está reforzada por el carácter parlamentario del partido político. «Organización partidaria» significa la aspiración del mayor número de miembros. «Parlamentarismo» significa la aspiración por el mayor número de votos. Los campos principales de actividad política son la agitación electoral y la agitación directa para conseguir nuevos miembros”.

burocratización del Estado y sus principales satélites externos – Iglesia y Ejército – afectó igualmente a unos partidos que fueron incorporándose paulatinamente a las estructuras de poder estatales<sup>825</sup>. Los partidos son organizaciones permanentes con una clara vocación: la toma del poder mediante la lucha electoral. Para ello han de constituirse alrededor de la figura de un líder carismático y/o un grupo de dirigentes del cual depende la elaboración del programa, el procedimiento de la designación de los candidatos electorales, etc. La acción coordinada y eficiente, clave para la supervivencia electoral, requiere necesariamente de un cierto dominio de un grupo de dirigentes sobre las bases del partido. La «burocratización eficiente», elemental para la propia pervivencia del partido, reduce al mínimo formal la participación de las bases en la elaboración de las listas electorales y designación de los candidatos. Además, trajo consigo otro fenómeno contrario a las prácticas democráticas internas: la profesionalización de la política y la aparición del «aparato» del partido como órgano decisorio externo al Parlamento. (WEBER, 1977, pp. 1076-7)

Posteriormente otros autores de la talla de Duverger<sup>826</sup>, Panebianco<sup>827</sup> y Sartori<sup>828</sup> retomaron y actualizaron el debate sobre la realidad y las posibilidades de la democracia en los partidos políticos sobre la ley de hierro de la oligarquía de Michels. La importancia que las conclusiones de Michels tuvieron y mantienen para el estudio jurídico de la democracia interna requiere de un breve *excursus* crítico.

La indudable verosimilitud de los argumentos de Michels no permite, sin embargo, considerar su clásica «ley de hierro de la oligarquía» como una presunción *iuris et de iure*. Las tesis del autor alemán han de ser entendidas como leyes tendenciales, en gran medida producto de la época en que fueron concebidas. No hay duda que sus conclusiones contribuyen notablemente a explicar la inclinación oligárquica de toda organización funcionalmente compleja. El pero principal a sus tesis radica en que esa supuesta ley no es inmutable en el tiempo y su grado de realización difiere en función de las etapas históricas. El poder de las élites no es una magnitud invariable en el tiempo, dependiendo su amplitud tanto de una multiplicidad de relaciones organizativas de diferente índole como de la capacidad del Derecho para

---

<sup>825</sup> Cf. Weber, 1977, pp. 1047-76.

<sup>826</sup> Vid. Duverger, 2002.

<sup>827</sup> Vid. Panebianco, 1990.

<sup>828</sup> Vid. Sartori, 2007.



intervenir en ella. Por otra parte, la motivación y el grado de participación de los afiliados no es igualmente idéntica en función de las diversas etapas históricas ni en las diferentes organizaciones partidarias, ya que unas se acercan en mayor medida que otras al ideal democrático. (SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, 1996, p. 83)

El fin de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a grandes cambios en el terreno de la organización y funcionamiento de los partidos que relativizaron la inmutabilidad de las conclusiones de Michels. Los tradicionales partidos de masas, principal objeto de su estudio – particularmente el PSD alemán –, basados en una radical adhesión y disciplina al ideario político, perdieron su condición de tal para dar paso a los partidos *catch-all*. En esta sustitución de modelo se produjo también un cambio en la posición del afiliado en el partido. En el partido de masas, la participación del afiliado cede ante la necesaria adhesión y disciplina ante la cúpula dirigente. En el partido *catch-all*, la tendencia acusadoramente electoralista y escasamente ideologizada del mismo, al tiempo que hace disminuir los índices de afiliación al partido, puede consentir modelos organizativos más proclives a la libertad y los derechos de los afiliados. No parece viable que ante la caída acentuada de la afiliación en los partidos *catch-all* siga anticipándose el criterio de la lealtad frente a la participación de los afiliados. Restringir la libertad y los derechos de los afiliados en los modelos de partidos actuales resulta más incoherente y disfuncional para el propio partido que en modelo del partido de masas. (SATRUSTEGI GIL-DELGADO, 1996, pp.83-4)

Los cambios organizacionales no serán los únicos que afectarán a los partidos tras la IIª Guerra Mundial. El final de la hecatombe bélica trajo consigo su consolidación jurídica. La incipiente regulación constitucional, advertida a finales de los años 20 por Kelsen en su obra clásica “*Esencia y valor de la democracia*”, dio paso a un proceso de constitucionalización global de los partidos políticos. Su imparable ascensión en la estructura política del Estado constitucional democrático dio lugar, en un corto espacio de tiempo, a la actual «democracia de partidos». Este nuevo e incierto escenario jurídico-político motivó la búsqueda de nuevas respuestas jurídicas a la necesaria contención del poder de los partidos.

No cabe duda que la constitucionalización de los partidos políticos fue una clara reacción en la búsqueda de articular mecanismos de corrección y control del gran poder acumulado por los partidos en el engranaje institucional de la «democracia de

partidos». La constitucionalización del principio de «democracia interna» surge con la intención de contrarrestar las dañinas tendencias oligárquicas que, con mayor o menor intensidad, venían formando parte del funcionamiento interno de los modernos partidos democráticos.

La democracia interna es, de forma análoga a su matriz de origen, la democracia como forma de gobierno, un concepto de contornos axiológico-normativos imprecisos. Su entendimiento precisa de su estudio como un concepto dual: como categoría procedimental y como categoría sustancial. La primera vertiente, la procedimental, se refiere a unas «reglas del juego» cuyo cumplimiento íntegro reproduciría un modelo democrático técnicamente puro. Siendo condición necesaria no es requisito suficiente para la existencia de democracia interna en los partidos.

Como se vio en el capítulo I del presente estudio, catalogar a un sistema como democrático precisa imperiosamente del cumplimiento de una doble obligación: a) El respeto a una serie de derechos fundamentales de los sujetos, en este caso de los afiliados y; b) El establecimiento de una serie de controles y garantías frente a posibles vulneraciones por parte de los órganos de poder y decisión internos. Dicho con otras palabras: *quien* ejerce el poder, *cómo* se ha accedido al mismo y la *forma* en que se ejerce el poder ante los afiliados son elementos comunes de una definición de democracia interna. (NAVARRO MÉNDEZ, 2009, pp. 237-8)

El constituyente español, tomando por referente principal el modelo alemán, incorporó el mandato de democracia interna de los partidos en el art. 6 CE. Pero no fue mucho más allá en su diseño normativo. La concreción del «principio de constitucionalidad» de los partidos depende, pues, del legislador orgánico. Es criticable la vaguedad con que el constituyente actuó en este sentido. Las consecuencias de esta indefinición son puestas de manifiesto por los profesores Morodo y Murillo de la Cueva (MORODO; MURILLO DE LA CUEVA *apud* Tajadura 2004, p. 38), al afirmar que “[...] pese a las dificultades que plantea su puesta en práctica, es técnicamente más adecuado regularlos (los límites y controles estatales sobre los partidos) al máximo nivel jurídico, como una garantía eficaz para el asentamiento y buen funcionamiento del sistema democrático en su conjunto”.

La regulación normativa original se realizó en una ley preconstitucional, la ley 54/78, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos. La propia ley reproducía en su art. 4.1 la inconcreción del mandato constitucional. Tras afirmar que «la organización y funcionamiento de los partidos políticos deberá ajustarse a los principios democráticos», establecía una serie de normas mínimas a desarrollar en los estatutos del partido. El art. 4.2 enumeró las siguientes disposiciones mínimas: a) La condición de la asamblea como órgano supremo del partido y su composición directa por los afiliados o bien por compromisarios; b) El derecho de sufragio activo y pasivo de todos los afiliados; c) El sufragio libre y directo como método de elección de los órganos directores; d) El derecho de información de los socios a conocer el estado económico-financiero del partido.

La insuficiencia de esta regulación, denunciada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional (STC 56/95, F.J. 3), fueron escasamente paliadas por la parte vigente de la entonces Ley 21/1976, de Asociaciones. Nada se decía a respecto del principio mayoritario como criterio para la adopción de decisiones o la introducción de algunos contenidos garantistas en los procedimientos disciplinarios, especialmente en el caso de expulsión. Incomprensiblemente, la ley no contenía remisión alguna a que los Estatutos contemplaran la existencia de una comisión arbitral o de conflictos rodeada de unas mínimas garantías de imparcialidad y objetividad. La presencia de las garantías procesales de los arts. 24 y 25 CE era igualmente testimonial. Era de esperar una regulación que superase la parquedad de la ley 21/1976 en el reconocimiento de la libertad de expresión interna y externa de los miembros del partido. La insuficiente regulación ponía de manifiesto que la democracia interna de los partidos no era, con mucho, el principal objeto de la ley. Lo elemental era la consolidación de la futura democracia de partidos en España. (MURILLO DE LA CUEVA, 2003, pp. 33-4)

Esta situación de inadecuación normativa en materia de democracia interna ha sido enfrentada “tan solo 25 años” más tarde en la vigente LOPP. Una regulación que ha reproducido algunos vicios de su antecesora y que ¿incomprensiblemente? sigue sin regular de forma clara y sistemática la cuestión de la democracia interna. Ni el largo lapso de tiempo transcurrido entre una y otra legislación, ni la experiencia doctrinal y jurisprudencial adquirida ni las diferentes regulaciones existentes en el Derecho

comparado, particularmente el caso alemán, han motivado un cambio profundo en esta materia.

### **5.3.2 La difícil cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos y la democracia interna.**

Intentar arrojar luz a la controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos se antoja una tarea repetitiva y escasamente original. La multitud de trabajos que la doctrina ha elaborado en esta materia es buena prueba de ello. Nuestro interés se centra, pues, en realizar una aproximación eminentemente descriptiva de las diferentes concepciones que sobre su naturaleza jurídica ha elaborado la doctrina y la labor de interpretación constitucional que a tal efecto ha realizado el TC. Todas las caracterizaciones que aquí se analizarán comparten una identidad de propósito: encontrar la «fórmula mágica» que delimite adecuadamente la capacidad de control que los poderes públicos han de tener en la vida interna de los partidos.

La caracterización de los partidos como «órganos públicos o del Estado» o bien como asociaciones privadas tendrá consecuencias diversas en el grado de fiscalización que los poderes públicos – principalmente el legislador – puedan ejercer en la vida interna de aquéllos. Si la naturaleza privada prevalece sobre la pública, el grado de control de los poderes públicos estará limitado en mayor medida que en el caso de considerarlos órganos públicos<sup>829</sup>. (NAVARRO MÉNDEZ, 1999, pp. 212-3)

Las posiciones doctrinales vienen diferenciándose entre aquéllos que consideran a los partidos políticos como «órganos constitucionales» u «órganos del Estado» y aquellos que catalogan a los partidos como «asociaciones privadas». Cualquier posible posicionamiento al respecto se ve notablemente dificultado por la confusa posición constitucional que los partidos tienen en nuestro sistema constitucional. Su papel fundamental como articuladores del proceso democrático y su presencia latente en los órganos del Estado añade no poca complejidad al tratamiento jurídico de estos peculiares grupos políticos, a medio camino entre las asociaciones de

---

<sup>829</sup> En favor de una intervención mínima por los poderes públicos se muestra Rebollo Delgado (2007, p. 50), para quien: “[...] atendiendo a la pretensión de libertad, independencia y pluralismo, se les somete en su creación al régimen privado de las asociaciones, lo que asegura el menor grado de injerencia posible por parte del Estado”.

derecho común del art. 22 CE y las instituciones básicas del Estado. (BASTIDA FREIJEDO, 1992, p. 70)

No han faltado propuestas doctrinales intermedias entre la doctrina española como la de García Guerrero, apoyadas a su vez en las tesis de Biscaretti di Ruffia<sup>830</sup>. El prof. García Guerrero se muestra partidario de la existencia de una posición intermedia susceptible de dividirse a su vez en dos nuevas posiciones, a saber: a) El partido como «sujeto auxiliar del Estado» que ejerce funciones públicas constitucionalmente reconocidas. En este caso, el partido se halla próximo a su consideración como órgano del Estado<sup>831</sup>; y b) El partido como «órgano auxiliar del pueblo», actuante siempre en su favor incluso cuando lo hacen a través del Parlamento en el aparato estatal. Este supuesto, contrariamente, se halla más próximo a la consideración del partido como asociación de Derecho privado. (GARCIA GUERRERO, 1990, pp.145-8)

Entre nuestra doctrina, la posición mayoritaria niega la condición de los partidos como órganos del Estado en base a los siguientes argumentos<sup>832</sup>. No cabe identificar voluntad de los partidos y voluntad del Estado. Los partidos son organizaciones ideológicamente parcializadas que buscan la transformación de su programa electoral en la voluntad estatal. Un programa que no se corresponde con la voluntad estatal *ab initium*<sup>833</sup>. La influencia de los partidos en la voluntad del Estado se encuentra limitada a los órganos en que se integran – Gobierno y Parlamento –. La suma de las diversas voluntades de los partidos con representación parlamentaria se

<sup>830</sup> Cf. Biscaretti di Ruffia, 1987, p. 202.

<sup>831</sup> De entre los partidarios de considerar a los partidos como sujetos auxiliares del Estado que ejercen funciones públicas se encuentran Solozábal Echevarria (1985, p. 161) y Lucas Verdú. Entre la doctrina italiana, como ya se ha advertido, sustenta esta posición el prof. Biscaretti di Ruffia.

<sup>832</sup> En contra de su condición de órganos del Estado se muestra, entre otros, Torres del Moral (1998, p. 360) al afirmar que: “Ciñéndonos a los regímenes pluralistas, el principio de voluntariedad en su creación, en su pertenencia y en su mantenimiento impide considerarlos corporaciones de Derecho público y, mucho menos, órganos del Estado. Esto, lejos de rebajar su importancia, es, como acertadamente señala Lucas Verdú, una garantía de democracia pluralista, pues les permite cumplir sus funciones conservando la independencia respecto del Estado. En el Ordenamiento español su naturaleza jurídica es la de asociaciones privadas investidas de funciones públicas. Se puede añadir que tienen relevancia constitucional [...]”. En sentido contrario se pronuncia García Guerrero (1990, p. 147) para quien: “[...] la naturaleza jurídica de los partidos políticos es la de unidades de un órgano constitucional complejo, formado por todos los partidos políticos existentes en un momento dado o al menos por los que gozan de representación parlamentaria”.

<sup>833</sup> En sentido contrario, García Guerrero (1990, p. 148) afirma: “El fin perseguido por el partido es en interés del Estado, y a esta realidad no obsta el que implique una determinada concepción ideológica del mismo ni el que realicen actividades con otras finalidades, pues éstas son necesarias para la consecución de su fin último. Por otra parte, tampoco puede considerarse que todas las actividades de los órganos del Estado se realicen en su interés inmediato”.

transformará posteriormente en la voluntad estatal. La voluntad general es representada por el Estado que, a su vez, representa al conjunto de la Nación.

Un argumento de especial interés guarda relación con el anterior. Se ha visto que la voluntad estatal no se corresponde con la voluntad de los partidos en su origen. Ésta se conforma en base a la capacidad de influencia del conjunto de ellos en sede parlamentaria. Los partidos han de tener necesariamente representación parlamentaria para poder determinar la voluntad estatal. La pregunta, en consecuencia, cae por su propio peso: ¿cabe considerar a los partidos extra-parlamentarios como órganos del Estado, ante su nula capacidad de influir en la formación de la voluntad del Estado? La respuesta es obvia: no.

El argumento definitivo que neutraliza las especulaciones doctrinales es el del origen de los partidos. Los partidos surgen y se extinguen por la exclusiva voluntad ciudadana, a excepción hecha de los supuestos legalmente tasados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico declarada judicialmente. En una sociedad democrática en la que los partidos son entendidos como órganos de intermediación y expresión política de la sociedad, su creación es prerrogativa ciudadana bajo la forma de derecho fundamental. No se antoja concebible en democracia el que la creación de un órgano del Estado quede en manos de la sociedad civil<sup>834</sup>. Ello equivaldría a desnaturalizar su función elemental: el de ser intermediarios entre la sociedad de la cual nacen y el Estado que aspiran a conquistar mediante la contienda electoral. ¿Que sería entonces de la libertad, pluralismo político y concurrencia del art. 6 CE?

Un argumento esgrimido por el prof. García Guerrero en favor de los partidos como órganos del Estado es su ubicación sistemática en el Título Preliminar<sup>835</sup>. Aun cuando es muestra de la importancia que el legislador constituyente atribuyó a los partidos en el conjunto del sistema, no cabe afirmar automáticamente su condición de

---

<sup>834</sup> El propio García Guerrero (1990, p. 149) admite la fortaleza del argumento al afirmar, para luego continuar considerando a los partidos como órganos del Estado, lo siguiente: “A mi juicio, ésta es la única objeción de auténtico fuste que ha impedido la caracterización de los partidos como órganos del Estado. No obstante, pienso que podría considerarse que quizá los partidos introducen entre los órganos constitucionales el principio de voluntariedad de su formación. Por otra parte, si pensamos en las primeras Cortes Generales o en las Constituyentes, observamos que en dos momentos requieren para su formación de la libre voluntad de los ciudadanos, así en un primer momento mediante la presentación de las candidaturas y en un segundo en la emisión del voto por los electores. Pero, pese a que su constitución depende de la libre voluntad, nadie duda de que su naturaleza es la de órgano del Estado”.

<sup>835</sup> Cf. García Guerrero, 1990, p. 148

órganos del Estado sin más. Otras organizaciones de naturaleza política como los sindicatos de trabajadores (art. 7 CE), o las propias Fuerzas Armadas (art. 8 CE), forman parte del Título Preliminar y no por ello se les considera órganos del Estado.

La negación de los partidos como órganos del Estado es igualmente sostenida por el legislador orgánico. La Exposición de Motivos de la Ley 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, considera a los partidos «entes privados de base asociativa». Los partidos, según el legislador,

[...] forman parte esencial de la arquitectura constitucional, realizan funciones de una importancia constitucional primaria y disponen de una segunda naturaleza que la doctrina suele resumir con referencias reiteradas a su relevancia constitucional y a la garantía institucional de los mismos por parte de la Constitución.

Por último, ha de tenerse en cuenta la propia jurisprudencia establecida por el TC. En una línea jurisprudencial constante, el Alto Tribunal ha negado reiteradamente la condición de los partidos como órganos del Estado, decantándose claramente por su consideración como *manifestaciones cualificadas del derecho de asociación*<sup>836</sup>. La STC 3/81 (F.J. 1), afirmó que “Un partido es una forma particular de asociación y el citado art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión”. Seguidamente, y en el mismo fundamento jurídico, el Alto Tribunal afirmó la condición de los partidos como «asociaciones de relevancia constitucional» elementales en el engranaje estatal de las modernas democracias pluralistas.

Continúa esta línea jurisprudencial la Sentencia 10/83, que negó la condición de los partidos como órganos del Estado en los siguientes términos

Los partidos políticos son, como expresamente declara el art. 6.º, creaciones libres, producto como tales del ejercicio de la libertad de asociación que consagra el art. 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, sólo puede ejercerse sobre quienes, en virtud de

<sup>836</sup> En este sentido, Carreras Serra (2004, pp.95-6) afirma: “Los partidos políticos se han convertido en elementos fundamentales de las democracias modernas. Este hecho indudable, [...], ha conducido erróneamente a que algunos autores los consideraran como instituciones públicas, es decir, como órganos pertenecientes a la esfera del Estado y no de la sociedad. La jurisprudencia constitucional española no ha seguido este camino y los ha considerado, acertadamente, como asociaciones que deben ser reguladas en el marco del art. 22 CE que garantiza constitucionalmente el derecho de asociación. En muy diversas sentencias ha reiterado que no forman parte de los poderes públicos y que, por tanto, no pueden ser considerados en forma alguna como órganos del Estado (entre otras, SSTC 3/1981, 10/1983, 23/1984 y 56/1995)”.

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. (F.J. 3º)

Una línea jurisprudencial que recibe un espaldarazo definitivo en la celeberrima y no menos polémica Sentencia 48/2003, al afirmar respecto de la naturaleza de los partidos que

Los partidos políticos, en efecto, "no son órganos del Estado ... [y] la trascendencia política de sus funciones ... no altera su naturaleza [asociativa], aunque explica que respecto de ellos establezca la Constitución la exigencia de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos" (STC10/1983, de 21 de febrero, FJ 3). Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen, pues, funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente. Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático.

Llama la atención la contundente negación que el TC realiza de la pretendida caracterización doctrinal de las funciones de los partidos como funciones públicas. En opinión del Alto Tribunal, los partidos no desempeñan funciones públicas, sino funciones cuyo cumplimiento permitirá a los órganos estatales la realización de las funciones públicas que solo a ellos corresponde desempeñar. Con ello, el Tribunal traza una clara línea hermenéutica sobre la naturaleza de los partidos y sus funciones, negando su consideración como órganos del Estado que desempeñen funciones públicas.

Tanto la doctrina mayoritaria cuanto el TC definen al partido político como una modalidad *sui generis* o cualificada del derecho de asociación del art. 22 CE que, naciendo de la sociedad, desempeña por voluntad del constituyente una serie de funciones de indudable relevancia constitucional<sup>837</sup>. Su cometido principal no es otro

---

<sup>837</sup> En este sentido, Carreras Serra (2004, p. 95) afirma: "Los partidos políticos se han convertido en elementos fundamentales de las democracias modernas. Este hecho indudable, [...], ha conducido erróneamente a que algunos autores los consideraran como instituciones públicas, es decir, como órganos pertenecientes a la esfera del Estado y no de la sociedad".



que ser correa de transmisión y canal de comunicación primario entre la sociedad y el Estado para la conformación de los órganos públicos<sup>838</sup>. La relevancia de sus funciones, «de innegable interés público y a través de las cuales se sirve el Estado para proveer a la integración de los procedimientos de formación de la voluntad general», al tiempo que les otorga una serie de privilegios funcionales – acceso a los medios de titularidad pública, financiación pública, etc –, les impone igualmente una serie de límites en su actividad y funcionamiento interno, haciendo de la democracia interna principio orientador ineludible en su organización y funcionamiento internos<sup>839</sup>.

Pérez-Moneo aclara el significado de la expresión *función pública* aplicada a los partidos. En opinión del autor, los partidos no desempeñan funciones públicas propiamente dichas, ya que las tareas que les corresponden no podrían ser asumidas por los poderes públicos sin negar la condición democrática del Estado. Por extensión, dice el autor, las actividades de los partidos se encuadran en el ámbito de la libertad. La expresión arriba referida se utiliza en Derecho Constitucional cuando la actividad en cuestión no se realiza en provecho propio, sino en beneficio del interés público o de unos intereses constitucionalmente relevantes. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 40)

La conexión existente entre el artículo 6 y 22 CE trae consigo importantes consecuencias que no pueden pasarse por alto<sup>840</sup>. En primer lugar, el derecho a crear partidos adquiere la condición de auténtico derecho fundamental al formar parte el art. 22 del Título I, Capítulo II, Sección 1ª. Una ubicación sistemática que otorga a aquéllos un régimen jurídico privilegiado y definido elementalmente en los arts. 53, 81.1 y 168 CE. La aplicación de estas garantías al derecho a crear partidos supone correlativamente la aplicación de los límites que con carácter general se imponen a las asociaciones en el

---

<sup>838</sup> En esta línea, Carreras Serra (2004, p. 96) afirma: “[...] el carácter privado de la naturaleza de los partidos no impide que de la Constitución se deduzca muy claramente que son asociaciones necesarias para la creación de órganos constitucionales, especialmente para ejercer el derecho de sufragio, constituir las Cortes Generales y designar al Presidente del Gobierno, al Consejo de Ministros y a determinados altos cargos [...]”.

<sup>839</sup> En esta línea, Torres del Moral (1998, p. 355) afirma: “[...] para el Ordenamiento jurídico español, partido es la *asociación constituida y registrada como tal para participar en las instituciones de manifestación de la voluntad popular y concurre efectivamente a ellas*, obteniendo a cambio diversas prerrogativas, incluida una muy elevada contribución pública a la financiación de sus gastos”. En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 32.

<sup>840</sup> *Vid.*, entre otras, STC 3/81, F.J. 1º; 56/95, F.J. 3c).

propio art. 22 CE<sup>841</sup>, a saber: a) La inscripción en un Registro específico a los solos efectos de publicidad (art. 22.2 CE); b) La ilegalidad de los partidos que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito (art. 22.1 CE y art. 515 CP) y; c) La prohibición de partidos secretos y de estructura paramilitar (art. 22.5 CE).

La condición de «asociaciones cualificadas» les impone una serie de límites específicos al principio de libertad de creación, igualmente regulados en el art. 6 CE. Restricciones que según jurisprudencia del TC tendrán carácter complementario y cumulativo de las limitaciones genéricas del artículo 22 CE<sup>842</sup>. Nos referimos, claro está, al respeto a la Constitución y la ley y a la necesidad de que su estructura y funcionamiento sean democráticos. El respeto a la CE ha sido objeto de recurrente polémica por la doctrina sobre la posibilidad de ver en el vocablo «respeto» un mecanismo de defensa de la Constitución similar a la democracia militante alemana. Una tesis que de aceptarse, como afirma Otto, implicaría el absurdo de exigir a los partidos una vinculación a la CE más profunda que la propiamente requerida para los poderes públicos. La irresistible lógica de tal deducción permite negar que del texto del art. 6 CE se derive un sistema de defensa de la Constitución frente a los partidos inconstitucionales, exceptuándolos del sistema de neutralidad del art. 9.1 CE. (OTTO, 1985, p. 47).

Especialmente sugerente es la propuesta de Pérez-Moneo Agapito, merecedora de un sucinto análisis. Para este autor, lo verdaderamente relevante no es la forma jurídica del partido, sino las funciones que el mismo desempeña. De entre ellas, es la de concurrencia electoral la que los define. Y esta es la razón por la que la propia CE limita su organización, imponiéndoles una estructura y funcionamientos internos democráticos. En opinión del autor, que compartimos plenamente, difícilmente podrán los partidos coadyuvar a la consolidación de un Estado democrático si los procesos internos no son transparentes y participativos. La Constitución puede desconocer el contenido esencial del derecho de asociación estableciendo condiciones a su derecho de autoorganización, no tan amplio como en el resto de las asociaciones. La clave, concluye el autor, está en profundizar en las funciones que los partidos desempeñan

---

<sup>841</sup> Vid. STC 56/95, F.J. 3c).

<sup>842</sup> Vid. STC 85/86, F.J. 2º.

para entender la actividad constitucionalmente relevante de los partidos. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 38-9)

Dicho con otras palabras: debe, en opinión del autor, ampliarse la tradicional visión de la doctrina de entender exclusivamente los partidos como asociaciones sui generis vinculadas exclusivamente al art. 22 CE. Los partidos están tan vinculados a dicho artículo como al art. 23 CE. La conexión con el art. 22 CE se da en el derecho de creación de los partidos, esencialmente; la conexión con el art. 23 CE se da en lo atinente a las funciones y actividades específicas que desenvuelven. El art. 6 CE, concluye el autor, no implica el reconocimiento de una «garantía institucional», sino el reconocimiento de dimensiones específicas de dos derechos fundamentales: la dimensión objetiva, la necesaria democracia pluralista y representativa en que se desarrollan los derechos de participación política, siendo la regulación de la dimensión subjetiva responsabilidad del art. 22 CE. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 75)

De lo que no cabe dudar es que el mandato constitucional de democracia interna de los partidos es condición necesaria para el cumplimiento por las organizaciones partidarias de las funciones que el ordenamiento les otorga y, por extensión, del funcionamiento democrático del Estado<sup>843</sup>. Minimizar la autocracia en su interior, fomentando el pluralismo interno y participativo, es *conditio sine qua non* para la expresión y protección del pluralismo social inherente a cualquier Estado democrático digno de tal nombre. Un pluralismo político *ad intra* que a través de los comicios electorales se transformará posteriormente en la voluntad popular. Para ello, debe garantizarse normativa y estatutariamente la existencia de un conjunto de procedimientos que favorezcan y promuevan la participación de los afiliados en la conformación y control de los órganos de gobierno y dirección de los partidos. La atribución a los afiliados de unos derechos de participación que permitan tanto la promoción de las bases a los puestos de responsabilidad del partido cuanto la petición

---

<sup>843</sup>En este sentido, el TC (Sentencia 56/95, F.J. 3a) afirmó: “Difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado que no se agota en los procesos electorales, si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos. Los actores privilegiados del juego democrático deben respetar en su vida interna unos principios estructurales y funcionales democráticos mínimos al objeto de que pueda "manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación" en los órganos del Estado a los que esos partidos acceden (STC [75/1985](#))”.

de rendición de cuentas de la dirección a la masa de afiliados es un punto de arranque *innegociable*.<sup>844</sup>

La inexistencia de un catálogo reconocible de derechos de participación y el control de la gestión de los órganos del partido incrementa el riesgo de desencanto definitivo del ciudadano respecto del «instrumento partido». Una situación que desembocaría en la inexistencia de modelos alternativos dignos de ser considerados democráticos. No ha de olvidarse que los partidos continúan siendo los canales asociativos lógicos de traducción del pluralismo político social en la estructuración democrática de los órganos de poder político del Estado<sup>845</sup>.

La solución a la desafección ciudadana respecto del instrumento partido como canal de intermediación sociedad- Estado estriba, como afirma Vírjala Foruria (2008, p. 23) “[en] seguir profundizando en la democratización interna de los partidos y en la plena vigencia en el interior de los mismos de los derechos constitucionales de sus afiliados, ya que constituyen el momento inicial del proceso de participación política democrática”. La total ausencia de democracia interna, la autocracia intrapartidista, supondría vaciar de contenido y reducir *ad absurdum* el derecho de participación política del art. 23 CE. Las consecuencias de este estado de cosas se proyectan sobre la autenticidad *ad origem* del proceso de conformación de la voluntad popular.

Dejar en manos de los partidos la regulación del proceso de selección de los candidatos introduce, a la luz de la experiencia política en los partidos, un factor de riesgo innecesario. La regulación de los procesos de selección de candidatos contenida en los Estatutos suele ser excesivamente superficial. Una circunstancia que favorece la

---

<sup>844</sup>“Si se mantiene que el funcionamiento democrático que deben adoptar los partidos políticos está informado por el conjunto de principios y elementos que la propia Constitución establece para hacer del Estado un país democrático, es necesario asumir que ha de existir una fiscalización de los afiliados sobre los líderes de la organización partidaria”. (GIMÉNEZ FLORES, 1998, pp. 153-4)

<sup>845</sup> Sobre la *secular* crisis de los partidos, Herrero R. de Miñon (2002, p. 202) afirma: “Las críticas a la partitocracia son cada día más frecuentes, pero no es menos evidente la falta de alternativa a los partidos en la democracia de masas. Si la enfermedad, un hiperdesarrollo, es de máxima gravedad dada la relevancia del órgano al que afecta, esta misma relevancia impide extirparlo y exige curarlo. Los partidos políticos son de todo punto necesarios en una democracia de masas; pero su patológica evolución actual amenaza con yugular la propia democracia a la que deberían servir”. En el barómetro del CIS de Julio de 2013 los partidos políticos, los partidos y la política en general son considerados como el 4º problema de España (26%), tras el paro (80.3%), los problemas de índole económica (28%) y la corrupción y el fraude (36.3%). Datos disponibles en [http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020\\_3039/3021/es3021mar.pdf](http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3020_3039/3021/es3021mar.pdf). (última consulta hecha el 25/06/2014)

flexibilidad en su aplicación e interpretación y su fácil adaptación a los intereses del partido frente al candidato. De llevarse al extremo, esta situación puede desembocar en la pérdida de la necesaria seguridad jurídica y la incertidumbre sobre como concurrir electoralmente. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 185)

Los partidos políticos españoles se caracterizan por monopolizar los procesos de selección de los candidatos, estableciéndose situaciones de innegable subordinación de éste último sobre los primeros. La participación de la militancia suele ser testimonial y posibilita, en última instancia, la elección por el «aparato» de los candidatos más leales a la línea de actuación de éste. El resultado es la producción de una clase política clientelar y endogámica que hace de la cooptación la “vía natural” de ascenso en el interior de los partidos<sup>846</sup>. La inexistencia de procesos decisorios que estimulen la participación directa de los afiliados convierte el derecho estatutario de participación en los procesos internos en poco más que una mera formalidad. Y es que no hay como negar que la proposición y decisión final, más allá de la letra del Estatuto, es prerrogativa de comités constituidos por un número limitado de dirigentes. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 185)

Este estado de cosas refuerza la necesidad de que el legislador establezca un marco normativo que haga de los procesos de elección internos unos comicios reconocidamente democráticos. Mantener el *status quo* actual, en el cual los partidos disfrutaban de total libertad e independencia a la hora de configurar los procesos electivos internos – lo cual dificulta extremadamente el control jurisdiccional–, puede desembocar en una situación en que los partidos acaben copando por completo el sistema representativo que, no nos cansaremos de recordar, tiene por principales protagonistas a los ciudadanos. Dicho en otros términos: la exigencia de democracia interna debe traducirse, en lo que aquí interesa destacar, en que los partidos posibiliten a los afiliados la posibilidad de influir en la definición de la oferta electoral de aquellos que concurrirán a la ocupación de las instancias representativas estatales. Ello incluye, por la conexión existente entre el art. 6 y el art. 23 CE, el control jurisdiccional en favor de una participación real y efectiva de los afiliados en el ejercicio del art. 23.2 CE.

---

<sup>846</sup> “[...] el *estamento es un grupo cerrado* que se perpetúa por herencia o por adopción. [...] es evidente que eso ocurre en cualquiera de los partidos políticos españoles, al menos en dos dimensiones. Por una parte, el ingreso no es libre y menos aún la promoción interna. Para uno y otra se siguen criterios de cooptación”. (HERRERO R. DE MIÑÓN, 2002, p. 204)

(PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 186 y ss; SATRÚSTEGUI GIL DELGADO, 1996, p. 95)

Los beneficios potenciales de este proceder no son desdeñables. En el plano social, disminuiría la percepción de disfuncionalidad de unos partidos tenidos por fines en sí mismos, no como elementos de intermediación entre Sociedad y Estado. En el plano interno, la reforma de los procesos de selección podría traer mejoras organizacionales derivadas de un incremento de la afiliación. Una mayor masa de afiliados constituye un capital electoral nada desdeñable, al tiempo que una fuente de captación de nuevos electores y una fuente de financiación extra. Los votantes del partido, al evidenciar la apertura de los procesos electorales internos podrían unirse al partido, incrementando igualmente el capital humano disponible. (HOPKIN, 2001, p. 3)

### **5.3.3 La libertad de creación de los partidos y sus límites: el respeto a la Constitución y a la ley del art. 6 CE y su concreción legal en la LOPP.**

Los partidos traen origen del pacto asociativo, acuerdo de una colectividad de personas movidas por unos fines comunes y unos medios adecuados a su consecución. Se fundamenta en el principio de la voluntariedad o autonomía de la voluntad, que informa la creación y la afiliación a los mismos. Como se vio en apartado precedente, de este principio se deriva la imposibilidad de considerar los partidos como órganos del Estado ya que, por relevantes que sean para el sostenimiento de la democracia representativa, son instituciones accidentales. Son, en definitiva, creaciones libres dentro del derecho de asociación. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 59)

El régimen jurídico de los partidos políticos oscila entre dos principios nucleares: el de libertad de creación y actuación y el de «democracia interna». El principio de libertad en la creación y actividad de los partidos es consecuencia directa de su naturaleza asociativa privada. Presenta una doble vertiente: la «interna», según la cual es libre tanto la creación y disolución de partidos, la afiliación a los mismos, la adopción de sus estatutos y la determinación de sus actividades y fines<sup>847</sup>. La vertiente

---

<sup>847</sup> En este sentido, Morodo y Lucas Murillo (*Apud* Tajadura Tejada, 2004, p. 51) afirman: “[...] del principio de libertad de los partidos se desprende que «no quepa penetrar, a través de los controles estatales, en todos los niveles de esas asociaciones, ni (...) en todas las esferas y ámbitos de la vida interna de los partidos políticos. Deben detenerse precisamente en aquel punto rebasado el cual, quedaría

«externa» implica un límite a la intervención desproporcionada del Estado en su esfera de actuación<sup>848</sup>.

El principio de democracia interna conlleva la imposición de una serie de límites a su organización y estructura en pro de la realización de las funciones que le son constitucionalmente encomendadas. Esos límites se materializan en la regulación normativa, reproducida en los estatutos, de un conjunto de derechos y garantías orientados a la participación de los afiliados en la toma de decisiones y la rendición de cuentas de los órganos directivos a la masa de afiliados<sup>849</sup>. Su objeto no es otro que la traslación de la mecánica elemental de la democracia al ámbito interno de sus principales articuladores, los partidos políticos.

La justificación de la intervención jurídica por el Estado la da el prof. Torres del Moral (1991, p. 126), al afirmar que “El Estado no puede permanecer indiferente a que tan importantes funciones políticas estén desempeñadas por unos partidos escasamente atraídos por los principios democráticos; no hay ninguna garantía de que, alcanzado el poder, vayan a tratar a los ciudadanos de modo diferente que a sus afiliados”. Dicho con otras palabras: la democracia interna supone un límite necesario en favor de los afiliados. Solo de esta forma se podrá combatir la actitud refractaria de los partidos hacia las demandas de mayor y mejor participación de la ciudadanía<sup>850</sup>.

De la correcta regulación jurídica de uno y otro principio, la «libertad de creación y actuación interna» y la «democracia interna», se beneficia doblemente el conjunto del sistema democrático. Primeramente, evitando un intervencionismo desproporcionado del Estado, contrario al pluralismo político. En segundo lugar, garantizando la correcta expresión y conformación *primaria* de la voluntad popular

---

amenazada la autonomía de la que deben gozar por prescripción constitucional expresa y por ser imprescindible para el adecuado cumplimiento de sus funciones»”.

<sup>848</sup> En este sentido, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 31.

<sup>849</sup> *Vid.* STC 56/1995, F.J. 3º.

<sup>850</sup> En este sentido, Fernández Vivas (2013, p. 464) afirma: “[...] resulta, cuando menos, paradójico que, tras las numerosas dificultades que tuvieron que atravesar los partidos para que el Estado reconociera su estatuto jurídico en la actualidad exista, por un lado, el reconocimiento unánime de la relevancia de los partidos y de su incuestionable protagonismo en el Estado constitucional contemporáneo mientras que, por otro lado, éstos adoptan una actitud «refractaria» y, en cierta medida, huyan del cumplimiento de las normas que regulan parte de sus actividades y funcionamiento”. En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 111.

mediante auténticos procesos de elección de los futuribles cargos públicos<sup>851</sup>. Este equilibrio, incierto y sometido a continuas fricciones, requerirá de la continua observación por la doctrina y los operadores jurídicos. Como afirma Tajadura Tejada (2004, p. 51) “La búsqueda de ese equilibrio es el principal reto del derecho europeo de partidos”.

La libertad de creación otorga un derecho a los ciudadanos de constituir asociaciones con fines políticos. El ámbito de libertad concedido y garantizado por el derecho fundamental del art. 22 CE implica que los poderes públicos, y principalmente el legislador orgánico, no pueden llevar a cabo actuaciones y/o regulaciones que resulten lesivas del contenido esencial del derecho<sup>852</sup>. La imposición de límites a la actuación interna de los partidos radica en la tentativa de contrarrestar las naturales tendencias oligárquicas de los partidos, permitiendo la libre manifestación de la voluntad popular y, consecuentemente, el alcance de la homogeneidad estructural entre Estado y partidos. El mandato de respeto a la Constitución y a la ley del art. 6 CE

---

<sup>851</sup> En este sentido, el TC (Sentencia 48/03, F.J. 5) afirmó que: “La naturaleza asociativa de los partidos políticos, con todo cuanto ello implica en términos de libertad para su creación y funcionamiento, garantizada en nuestro Derecho con la protección inherente a su reconocimiento como objeto de un derecho fundamental, se compadece de manera natural con los cometidos que a los partidos encomienda el art. 6 de la Constitución. En la medida en que el Estado democrático constituido en el art. 1.1 CE ha de basarse necesariamente en el valor del pluralismo, del que los partidos son expresión principalísima mediante la configuración de una verdadera voluntad popular llamada a traducirse en voluntad general, es evidente que la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer y articularse en la realidad social constituye un valor que sólo cabe proteger y propiciar. Para asegurar que aquella voluntad popular lo sea verdaderamente sólo puede operarse aquí desde el principio de libertad, impidiendo que al curso que lleva de la voluntad popular a la general del Estado le siga o se oponga, en movimiento de regreso, una intervención del poder público sobre aquélla que, con la desnaturalización de los partidos, pueda desvirtuarla en tanto que genuina voluntad del pueblo, titular de la soberanía (art. 1.2 CE). En línea similar a la jurisprudencia del TC, Tajadura Tejada (2004, p. 50) afirma: [...] la juridificación de los partidos viene exigida, por la necesidad de asegurar la formación regular de su voluntad, puesto que está destinada a transformarse en la voluntad del Estado”.

<sup>852</sup> En esta línea, el TC (Sentencia 48/03, F.J. 5 *in fine*) afirmó que: “La creación de partidos es, pues, libre (art. 6 CE), en los términos de la libertad garantizada, como derecho fundamental, por el art. 22 CE. En efecto, “la Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. La disciplina constitucional en esta materia, tomada en su sustancia, se ha articulado sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir, bajo la forma jurídica de asociaciones, partidos políticos; con ello se reconoce y legitima la existencia de los partidos y se garantiza su existencia y su subsistencia. El partido, en su creación, en su organización y en su funcionamiento, se deja a la voluntad de los asociados fuera de cualquier control administrativo, sin perjuicio de la exigencia constitucional del cumplimiento de determinadas pautas en su estructura, actuación y fines” (STC [85/1986](#), de 25 de junio, FJ 2).



permite la imposición de límites de forma proporcionada al logro de las funciones que les son constitucionalmente encomendadas<sup>853</sup>.

La titularidad del derecho de creación de partidos corresponde exclusivamente a los españoles (art. 1 LOPP)<sup>854</sup>. El legislador ha optado por una interpretación restrictiva, negando a los extranjeros la capacidad para la creación de partidos políticos. Una limitación que no impide la posterior afiliación una vez que ha sido formalmente constituido (Sentencia TC 48/2003, F.J. 18).

La libertad de afiliación está igualmente sometida en la CE a limitaciones en la forma de incompatibilidades para los españoles que ocupen determinados cargos en la maquinaria estatal. El art. 127 CE prohíbe a los miembros de la carrera judicial en activo la pertenencia a partidos; una prohibición analógica establecida por el art. 136.3 a los miembros del Tribunal de Cuentas. El art. 159.4 CE, por último, establece la incompatibilidad de los miembros del TC con el ejercicio de funciones directivas en los partidos, permitiendo sin embargo su simple militancia en los mismos. Complementariamente, el legislador orgánico ha establecido dos incompatibilidades para la pertenencia a partidos políticos que afectan al Defensor del Pueblo<sup>855</sup> y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>856</sup>.

Las apreciaciones realizadas por legislador y, concurrentemente, por el TC, presentan una visión incompleta de los partidos, al limitarlos exclusivamente a la esfera electoral. Es bien sabido que su actividad funcional desborda, con mucho, este aspecto.

---

<sup>853</sup> En esta línea, Giménez Flores (1998, p. 61) afirma: “Cabría preguntarse, [...], si existe una contradicción entre la libertad de los partidos («su creación y el ejercicio de su actividad son libres...») y la exigencia de democracia interna. No la hay porque en la Constitución no hay libertades o derechos absolutos; otra cosa es que el alcance que pueda tener la intromisión de los poderes públicos esté a su vez limitado. Por ello, esas intromisiones en la vida de los partidos, más en su actividad que en su creación, se justifica en la relevancia institucional que los partidos ostentan. El punto a discutir es cuál es el límite constitucional a tales intromisiones y, correlativamente, a la propia actividad partidaria”.

<sup>854</sup> Art. 1 LOPP. Los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica.

<sup>855</sup> El art. 7.1 de la LO 3/1981, de 6 de abril, de Defensor del Pueblo dice así: La condición de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración pública; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

<sup>856</sup> El art. 6.7 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dice así: La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

El propio TC ha extendido los derechos de participación política en sentido amplio – derecho de reunión y de asociación – a los extranjeros residentes en España por su innegable conexión con la dignidad humana, por ser expresión del valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y elemento necesario para la comunicación política en una sociedad democrática<sup>857</sup>. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 60-1)

No se entiende el por qué no estando limitada la actividad política – fuera del marco electoral – únicamente a los españoles, esta doctrina no ha sido extrapolada a los extranjeros en el caso de la creación de partidos políticos<sup>858</sup>. El criterio para otorgar la titularidad del derecho a crear partidos, al igual que en el caso de los derechos de reunión y asociación, no debe seguir siendo la nacionalidad, sino la residencia legal estable. Excluir a los extranjeros residentes de la titularidad del derecho a crear partidos es un anacronismo jurídico. Los derechos y libertades deben adecuarse a las transformaciones socio-políticas acontecidas en la conocida como era de la globalización<sup>859</sup>. Los flujos migratorios, como ya se vio anteriormente, han transformado la *morfología* de los Estados, pasando de ser estructuras sociales monolíticas y homogéneas a poliédricas y heterogéneas<sup>860</sup>. La magnitud de tales transformaciones, difícilmente reversibles, precisa de una mayor agilidad de los

---

<sup>857</sup> Vid. STC 236/07, FJ 6 y 7.

<sup>858</sup> Cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 61.

<sup>859</sup> En esta línea, Sarlet y Almagro Castro (2013, p. 397) afirman: “[...] ha de ponerse en duda que esta construcción jurídica – la nacionalidad y la ciudadanía como *conditio sine qua non* de la titularidad de derechos políticos – sea hoy día sustentable en función de las transformaciones sociales habidas en las últimas décadas motivadas en gran medida por el surgimiento de la globalización y los consecuentes flujos migratorios humanos, transformaciones con indubitada influencia en la *morfología* del Estado nacional *clásico* y la producción del derecho frecuentemente negada por la doctrina”.

<sup>860</sup> En este sentido, Sarlet y Almagro (2013, p. 399) afirman: “[...] en sociedades en profunda transformación como las actuales, sociedades líquidas tomando prestada la feliz expresión de Bauman, resulta cuando menos forzado mantener la configuración jurídica actual de la ciudadanía como categoría dicotómica en relación con la titularidad de los derechos políticos. Uno de los grandes cambios experimentados en las últimas décadas es la transformación morfológica del Estado. En efecto, éste ya no responde a su concepción mítica de ente unitario, monocultural y excluyente. Por ello, se precisa repensar los parámetros jurídicos configuradores de la titularidad de los derechos políticos en términos de inclusión y transformación del estatuto jurídico de los extranjeros incluyendo a éstos como posibles titulares de derechos políticos.[...]. De la homogeneidad social de origen materializada en la nacionalidad se ha de pasar a un paradigma de ciudadanía que prime la homogeneidad jurídica del componente humano de una comunidad política, es decir, la universalidad de derechos y el avance en la igualdad de oportunidades”.

operadores jurídicos para adecuar el ordenamiento a esta nueva realidad poliédrica y multicultural<sup>861</sup>.

Se entiende, igualmente, que el art. 1 LOPP entra en contradicción con la titularidad del derecho de sufragio pasivo en manos de extranjeros para los comicios electorales locales y europeos. No ha de olvidarse que, para canalizar ese derecho, se precisa previamente de la creación de partidos para presentarse a las elecciones, sin necesidad de construir agrupaciones electorales<sup>862</sup>. Hubiera sido más proporcionado trasladar el control de capacidad para concurrir a las elecciones al momento de la presentación de candidaturas y no anteponerlo al de la creación de partidos políticos, solución de dudoso fundamento. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 61; VÍRGALA FORURIA, 2002-2003, p. 221)

La expresión adecuada, organizada y permanente de los intereses políticos de los ciudadanos comunitarios precisa *forzosamente* de la atribución del derecho a crear partidos<sup>863</sup>. En este sentido, la línea jurisprudencial marcada por el TC en la polémica Sentencia 48/2003 (FJ 18) parece evidentemente contradictoria. Según el Alto Tribunal

[...] no puede merecer reproche que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos. Ahora bien, dado que esa reserva debe coonestarse con el derecho de participación política de los extranjeros cuando, por cualquier fuente idónea a dicho fin, se les reconozca el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, la señalada restricción ha de ser interpretada en sus estrictos términos. En consecuencia, dicha restricción no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación, [...]

---

<sup>861</sup> En esta línea, Martínez Cuevas (2006, pp. 34-5) afirma: "Porque el viejo concepto de soberanía estatal está perdiendo sus nítidos contornos clásicos, se trata de un concepto caduco en cierto modo. Un buen ejemplo de ello es el proceso de construcción europea en el que España se halla inmersa. A ello podemos añadir la gran cantidad de extranjeros comunitarios y no comunitarios que habitualmente viven y trabajan en nuestro país y que se ven afectados por las decisiones políticas que se adopten. Se trataría de abogar por la globalización de la vida política y no solo de la vida económica, como está ocurriendo, que se pueda dar la posibilidad de que estos extranjeros tengan opción a participar activa y completamente en la toma de decisiones políticas que les afectan".

<sup>862</sup> Vid. STC 48/2003, F.J. 18 sobre las posiciones a favor de una ampliación de la titularidad a los extranjeros y la negativa dada por el TC que considera que la titularidad de los derechos de participación de los ciudadanos comunitarios en el ámbito local es una excepción al principio general de titularidad exclusiva de los españoles.

<sup>863</sup> En línea similar se pronuncia Martínez Cuesta (2006, pp. 31-2) al afirmar que: "Que en nuestro país solo los españoles puedan crear partidos políticos va en contra de la dimensión transnacional que debe alcanzar un derecho tan fundamental como el de crear partidos políticos, especialmente a raíz de la regulación de la ciudadanía de la Unión, más conocida como ciudadanía europea, que incorporó el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992".

Al extranjero se le impide organizar electoralmente su ideario político, que no tiene por qué coincidir con las restantes ideologías, a través de la creación de un partido. No obstante, podrá afiliarse libremente a cualquiera de los ya existentes y disfrutar de los mismos derechos que el resto de afiliados. La interpretación pretendidamente restrictiva que realiza el TC es contraria a una interpretación evolutiva tanto del principio de pluralismo político cuanto del principio de igualdad del artículo 14 CE. Colectivos con ideas e intereses políticos propios y diferentes de los partidos tradicionales se ven injustamente privados de la facultad de concurrir en igualdad de condiciones a la contienda electoral para la defensa y promoción de su ideario político<sup>864</sup>.

Retomando el análisis de la libertad de creación de partidos, el art. 22 CE dedica un solo apartado, el tercero, al proceso de constitución. Su texto literal dice así: «las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad». La ambigüedad de la redacción constitucional plantea dos cuestiones elementales a los efectos de nuestro estudio, a saber: la eficacia de la inscripción registral y la potestad fiscalizadora de la Administración en el trámite de inscripción registral. En definitiva, se trata de concretar la amplitud de los límites a la libertad de inscripción registral y el momento de adquisición de la personalidad jurídica por los partidos. (SANTAMARIA PASTOR, 2001, pp. 434-5)

El derecho a crear partidos es ejercido libremente. No cabe el sometimiento a tipo alguno de autorización previa por parte de la Administración. Lo contrario equivaldría a la negación del propio derecho (TAJADURA TEJADA, 2004, p. 58). La polémica se centra, pues, en el momento de adquisición de personalidad jurídica por el partido y el alcance de la potestad administrativa en la inscripción. En un primer momento la Audiencia Nacional<sup>865</sup> avanzó la tesis «declarativa» de la inscripción registral<sup>866</sup>. Según esta jurisprudencia, la adquisición de la personalidad jurídica se

---

<sup>864</sup> En sentido concurrente, cf. Porras Ramírez, 2002, p. 14; Pérez-Moneo Agapito, 2012, pp. 61-2.

<sup>865</sup> *Vid.* Sentencia de 10 de mayo de 1979.

<sup>866</sup> Sobre el contenido de la tesis declarativa, Murillo de la Cueva (1996, p. 177) afirma: “La Constitución ha alterado de manera radical el sistema preventivo de carácter gubernativo-policial hasta entonces vigente – la Ley 191/1964 – basado en la autorización previa como requisito para la constitución válida de las asociaciones y opta decididamente por un sistema represivo que se confía en exclusiva a los jueces. En este nuevo sistema, la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su inscripción... a los solos efectos de publicidad, lo que significa que la

produce mediante la firma del acta de constitución. La inscripción en el registro, por tanto, nada añade salvo el otorgar publicidad material al acto de constitución, elemento nuclear de la adquisición de personalidad jurídica por la asociación. (SANTAMARIA PASTOR, 2001, p.435; TAJADURA TEJADA, 2004, pp.58-9).

Frente a esta tesis debe hacerse valer la tesis contraria, la denominada tesis «constitutiva» que, como es bien sabido, difiere la adquisición de personalidad jurídica al momento de la inscripción registral. La formulación doctrinal original es obra de Santamaría Pastor, quien sitúa su fundamento en la seguridad jurídica y la buena fe de terceros. Para el citado autor son argumentos que “no admiten fácil replica” (SANTAMARIA PASTOR, 2001, p. 436). La relevancia del nacimiento de un sujeto jurídico en el mundo del Derecho es razón suficiente para que tal decisión no se haga depender de la voluntad libre y desconocida de los sujetos que lo conforman, sino de la voluntad oficial constatada en un órgano estatal<sup>867</sup>. (SANTAMARIA PASTOR, 2001, pp. 436-7; TAJADURA TEJADA, 2004, pp. 58-9)

El contenido esencial del derecho de asociación, en su vertiente de libertad de creación de partidos políticos, no incluye la creación de una nueva persona jurídica. La relevancia de tal hecho para el mundo del Derecho justifica el control estatal. Si bien el art. 22.3 CE es una indudable conquista de la libertad, no es menos cierto que no puede ser irrestricta. El principio de seguridad jurídica justifica la adquisición de la personalidad jurídica tan solo en el momento de la inscripción registral<sup>868</sup>. En consecuencia, los partidos políticos han de inscribirse a los efectos de adquisición de

---

personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar ex ante una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los Estatutos y, mucho menos, para llevar a cabo un juicio de las verdaderas y supuestas ocultas intenciones de los que promueven su creación, pues, si esto se admitiera, se estaría restableciendo precisamente la regulación que la Constitución ha derogado”.

<sup>867</sup>En sentido contrario, Murillo de la Cueva (1996, p. 182) afirma: “La tesis constitutiva conduce, asimismo, a distinguir dos categorías de asociaciones: las inscritas o «reconocidas» y las no inscritas, de hecho o no «reconocidas». Solamente las primeras gozan de personalidad jurídica mientras que las segundas parecen ser incompletas, asociaciones *in fieri*, o sea, el resultado imperfecto de un ejercicio no pleno del derecho de asociación. Tal distinción que se sugiere en algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 291/1993, de 18 de octubre) [...], carece de justificación en nuestro Derecho, en el que tal concepto es muy amplio a la luz del Código Civil y el Código de Comercio”.

<sup>868</sup>En sentido análogo, cf. Jiménez Campo, 1981, p. 181. En sentido contrario, Montilla Martos, 1996, p. 178.

personalidad jurídica<sup>869</sup>. La inscripción resulta, pues, constitutiva, como así indica el art. 3.2 LOPP.

Un partido no inscrito sería una asociación de hecho jurídicamente irrelevante. La relevancia de las funciones de los partidos en el conjunto del sistema justifica, de suyo, la existencia no solo fáctica, sino jurídica de los mismos. Su no inscripción les impediría el desarrollo pleno de las funciones de relevancia constitucional del art. 6 CE. La inscripción registral, requisito imprescindible para que los partidos puedan presentar candidaturas electorales, ha de ser plenamente respetuosa con el contenido esencial del derecho de asociación de la libertad de creación, *siempre* que sea una actividad de carácter reglado y de simple verificación formal. No podrá, pues, operar como mecanismo de control *a priori* de la creación de partidos. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 66-8; TAJADURA TEJADA, 2004, pp. 59 y ss)

Esta es la línea adoptada por el TC al afirmar desde temprana jurisprudencia que el Registro de Partidos políticos no ejerce otra función que la de verificar la idoneidad formal y la adecuación de la documentación al objeto del Registro<sup>870</sup>. La naturaleza eminentemente administrativa del mismo imposibilita ostentar capacidad discrecional alguna de control respecto del acto de inscripción de los partidos. En jurisprudencia posterior, el TC señaló que al no poder suponer el efecto de la adquisición de la personalidad límite a la creación de partidos nada impediría, en consecuencia, que la inscripción registral tuviera ese efecto igualmente<sup>871</sup>.

Los pormenores de la inscripción registral se encuentran regulados en los artículos 3 a 5 de la LOPP. El artículo 4.2 LOPP cifra un periodo común de 20 días pasado el cual el partido adquiere, *ope legis*, personalidad jurídica en el caso de cumplir los requisitos documentales del art. 3 LOPP<sup>872</sup>. Este plazo general podrá ser

<sup>869</sup> *Vid.*, por todas, Sentencia TC 48/2003, F.J. 20.

<sup>870</sup> *Vid.* Sentencia TC 3/81, de 2 de febrero, F.J. 5.

<sup>871</sup> *Vid.* Sentencia 48/2003, F.J. 20.

<sup>872</sup> Artículo 3. Constitución y personalidad jurídica. 1. El acuerdo de constitución habrá de formalizarse mediante acta fundacional, que deberá constar en documento público y contener, en todo caso, la identificación personal de los promotores, la denominación del partido que se propone constituir, los integrantes de los órganos directivos provisionales, el domicilio y los estatutos por los que habrá de regirse el partido que trata de constituirse. La denominación de los partidos no podrá incluir términos o expresiones que induzcan a error o confusión sobre su identidad o que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas. Tampoco podrá coincidir, asemejarse o identificarse, aun fonéticamente, con la de ningún otro partido previamente inscrito en el Registro o declarado ilegal, disuelto o suspendido por decisión judicial, con la identificación de personas físicas, o con la

interrumpido por el Ministerio del Interior en dos supuestos establecidos en el artículo 5 LOPP. El art. 5.1 LOPP se refiere a la apreciación de defectos formales en la documentación aportada, circunstancia que motiva la suspensión del expediente hasta la subsanación de los mismos. El art. 5.2 LOPP, de mayor enjundia, establece la suspensión de la inscripción al apreciarse «indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido». En tal caso, el Ministerio del Interior, mediante resolución motivada, pondrá la cuestión en conocimiento del Ministerio Fiscal quien, en un plazo de 20 días, decidirá la interposición de acciones de carácter penal o bien devolverá el expediente al Ministerio del Interior para que proceda a la inscripción definitiva del partido (arts. 5.3 y 4 LOPP)<sup>873</sup>.

El control judicial de la licitud penal es del todo punto coherente con el texto constitucional. Tratándose del ejercicio de un derecho fundamental, en este caso el de asociación del art. 22 CE, el control de su vigencia y posible violación por los poderes públicos corresponderán primariamente al Poder Judicial en los términos del art. 53.2 CE<sup>874</sup>. El propio TC afirmó que “resulta [...] que al poder judicial y solo a este se encomienda la Constitución y también la legislación la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político”<sup>875</sup>. La atribución directa de la competencia para enjuiciar la legalidad de un partido al poder judicial no excluye, *a sensu contrario*, el posible control indirecto por el TC para conocer de materias concernientes al control de los partidos, en tanto que asociaciones englobadas en el art. 22 CE. (BLANCO VALDÉS, 1990, pp. 160-1)

En definitiva, el Registro de Partidos ejerce principalmente la función de filtro impeditivo de aquellas solicitudes en las que de acuerdo con la ley penal concurren evidentes indicios de pertenencia al ámbito de las asociaciones ilícitas. Como afirma el propio TC “[...] la operación de registro es el presupuesto para el eventual control del

---

denominación de entidades preexistentes o marcas registradas.**2.** Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos que, a estos efectos, existirá en el Ministerio del Interior, previa presentación en aquél del acta fundacional suscrita por sus promotores, acompañada de aquellos documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos previstos en la presente Ley Orgánica.

<sup>873</sup> Un estudio de los pormenores de la inscripción registral puede verse en Oliver Araujo y Calafell Ferrá, 2007, pp. 21-7.

<sup>874</sup> En este sentido, la Sentencia 3/81, F.J. 9 afirmó: “resulta [...] que al poder judicial y solo a este se encomienda la Constitución y también la legislación la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político”.

<sup>875</sup> *Vid.* Sentencia 3/81, F.J. 9.

partido, pero no la ocasión para el mismo”<sup>876</sup>. Queda derogado el control *ex ante* de la licitud del partido *in fieri*<sup>877</sup>.

Tras la exposición de las principales corrientes doctrinales y la jurisprudencia constitucional puede concluirse que los partidos políticos, como asociaciones cualificadas de relevancia constitucional, pueden determinar libremente las actividades que les sean propias y los fines que persigan mediante su constitución y la adquisición de personalidad jurídica a través de la inscripción registral<sup>878</sup>. Ex *constituione*, los partidos son objeto de las limitaciones materiales derivadas del respeto a la Constitución y las leyes y del mandato de estructura interna y funcionamiento democráticos. Complementariamente, su encuadre en el art. 22 CE le impone dos limitaciones añadidas: a) La ilegalidad de los partidos que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos y; b) Se prohíben los partidos políticos de naturaleza secreta y aquellos que tuviesen un carácter paramilitar (art. 22.2 y 22.5 respectivamente).

La trascendencia de sus funciones para el sostenimiento del edificio democrático justifica la imposición de un *plus* de sujeción a la CE, materializado en el respeto a los principios, valores y derechos que la Constitución consagra (arts. 6 y 9.1 LOPP). A la concreción de tales límites dedicaremos el siguiente epígrafe.

### **5.3. 4 Los arts. 6 y 9.1 LOPP: ¿hacia un concepto de democracia militante?**

Una de las principales motivaciones de la LOPP era, en palabras del propio legislador, establecer un «régimen jurídico de los partidos más perfilado, completo y

<sup>876</sup> Vid. Sentencia 85/1986, F.J. 3.

<sup>877</sup> En este sentido, el TC (Sentencia 48/2003, F.J. 20) afirmó: “Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el art. 6 CE proclama el principio de libre creación de partidos políticos. En cuanto acto de constitución de un ente asociativo, la creación o constitución del partido político ha de hallarse libre de toda traba u obstáculo que impida o dificulte de cualquier modo el mandato constitucional referido. Se trata con ello de evitar que los Poderes Públicos ejerzan control material alguno que suponga reconocimiento o legalización de la formación política que trata de constituirse al amparo de los arts. 6 y 22 CE. El principio constitucional de libre creación de partidos políticos veda, pues, cualquier injerencia de las autoridades administrativas que lo menoscabe o elimine”.

<sup>878</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 67) afirma: “Que se exija la inscripción para los partidos tiene cierto sentido porque ejercerán sus funciones constitucionalmente relevantes en las elecciones, participando en la formación de la voluntad popular, que es la que expresan los ciudadanos cuando son llamados al sufragio; o concurriendo a las elecciones como instrumentos fundamentales para la participación política. De hecho, al margen de las funciones que reconoce la Constitución a los partidos, son indistinguibles de cualquier otra asociación. Y las funciones de los partidos políticos, definitorias de su propia existencia, son eminentemente electorales, desarrolladas en el ámbito público, por lo que resulta lógico exigir que estén inscritos”.



garantista» que su antecesora la Ley 54/78. Las carencias que dicha ley mostraba en la concreción del mandato de estructura y funcionamiento internos democráticos del art. 6 CE se acentuaban en relación a la actividad de los partidos políticos. Una indefinición que le valió la crítica doctrinal general, perfectamente sintetizada en la posición de los profesores Morodo y Lucas Murillo de la Cueva (*Apud* Tajadura, 2004, p. 80), para quienes “la disciplina actual sobre esta materia dista mucho de ser la adecuada. Hace falta, en consecuencia, perfeccionarla identificando esas actividades contrarias a los principios democráticos”.

La LOPP intentó poner fin a ambas situaciones si bien, huelga decirlo, con desigual fortuna<sup>879</sup>. Poco o nada ha aportado al desarrollo normativo del mandato de democracia interna del art. 6 CE o a la dimensión intrapartidaria del derecho fundamental de participación política del art. 23 CE. La razón de tan desigual desempeño hay que buscarla en el *leitmotiv* de la ley, que no fue otro que el logro de la ilegalización del complejo político Batasuna, brazo político de la banda terrorista ETA<sup>880</sup>. Las múltiples dificultades que el Estado español había venido enfrentando para poder encausar penalmente a Batasuna motivaron la aprobación por el Congreso de los Diputados de la vigente LOPP<sup>881</sup>. La publicación de la ley estuvo rodeada de una ardua

---

<sup>879</sup> Sobre la calidad técnica de la Ley 6/2002, Montilla Martos (2004, p. 9) afirma: “La Ley Orgánica 6/2002 produce cierta desazón al jurista por su deficiente técnica legislativa. Se presenta como la Ley que regula el derecho de asociación en partidos, una modalidad especialmente cualificada del derecho de asociación (art. 22 Constitución), por la relevancia constitucional de estas organizaciones que reconoce el art. 6 de la Constitución y su vinculación a la participación política (art. 23 Constitución). [...]. Sin embargo, la lectura del texto permite comprobar que las referencias al ejercicio del derecho fundamental o a la organización y funcionamiento de los partidos son puramente esquemáticas, no aportan apenas nada a lo insuficientemente indicado en 1978. Frente a esta simplicidad, la Ley es excesivamente prolija cuando se ocupa de las actividades y conductas que conllevan la ilegalización de un partido político y el procedimiento para su disolución. Resulta distrófico que una ley de desarrollo de derechos fundamentales dedique la mayor parte de su texto a los aspectos patológicos del ejercicio del derecho”.

<sup>880</sup> En este sentido, Iglesias Báez (2008, p. 3) afirma: “[...] la ruptura de esta inercia legislativa respondía a un interés concreto: al intento de dotar al Estado de instrumentos eficaces para ilegalizar al complejo político Batasuna. Así se desprende de las declaraciones políticas de los miembros del Gobierno, previas a la entrada en vigor de la ley, y de la propia puesta en marcha en agosto de aquel mismo año (2002) de las correspondientes demandas de ilegalización ante el Tribunal Supremo. Es cierto, pues, que nos encontramos de algún modo ante una ley general, mas con una finalidad «ad casum»”.

<sup>881</sup> En este sentido, Revenga Sánchez (2005, p. 21) afirma: “Durante 25 años, se pensó que cuanto más tolerante se fuera, más se iban a debilitar las supuestas razones de justificación del terrorismo. En el régimen jurídico de los partidos, ello se tradujo en la imposibilidad de extraer consecuencia alguna de la falta de lealtad u hostilidad frente a las reglas del juego democrático”. En sentido eminentemente pedagógico, Iglesias Báez (2008, p. 83) afirma: “En la práctica la disolución penal de asociaciones ha resultado «extremadamente difícil e infrecuente» y de escasa utilidad, lo que junto con los problemas dogmáticos que presenta el supuesto y otras razones de oportunidad política, podría explicar la «pasividad» de las autoridades judiciales penales para decretar la disolución de los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, a pesar de que el art. 5.2 a) de la Ley 54/1978 preveía esa

polémica política y doctrinal<sup>882</sup>. Con la ley, se pretendía otorgar al Poder Judicial una herramienta jurídica eficaz para abordar, sino la ilegalización penal, si al menos la *ilegalización constitucional* de una organización política que a pesar de su evidente connivencia con la banda terrorista ETA venía disfrutando de las numerosas prerrogativas concedidas en nuestro sistema a los partidos<sup>883</sup>. (BLANCO VALDÉS, 2004, p. 45)

El desarrollo normativo de la democracia interna fue considerado un asunto secundario frente a la imperiosa necesidad de acabar con un partido que venía violando de manera grave y reiterada los principios democráticos contenidos en la CE. Sin que sea este el lugar adecuado para criticar la factura técnica de la LOPP, no puede dejar de comentarse su evidente mediocridad sistemática, causada por las presiones políticas dirigidas en primera instancia al legislador y posteriormente al TC para su declaración exprés de constitucionalidad. La LOPP no es una ley que tenga intención de regular sistemáticamente el régimen jurídico de los partidos. No hay mención alguna al régimen de financiación de los partidos; es manifiestamente vaga en materia de democracia interna; es excesivamente prolija en atención a las actividades que motivan la declaración de ilegalidad de un partido. La «tipificación» de las conductas del partido

---

posibilidad. No ha existido disolución penal alguna de partidos políticos desde la entrada en vigor de la Constitución y, en especial de éstos a pesar de la conexión política que estas formaciones partidarias tenían con la banda terrorista ETA”.

<sup>882</sup> En este sentido, Morales Arroyo (2004, p. 245) afirma: “La Séptima Legislatura de las Cortes Generales quedará sin duda marcada por la aprobación de la actual Ley Orgánica de Partidos Políticos, por el debate científico y político que suscitó su contenido y por la rigurosa aplicación de sus mandatos. No se considera este momento adecuado para la reiteración, el comentario o la censura de los argumentos que sustentan o combaten la calidad de una Ley Orgánica aprobada con prisas, con lagunas y manteniendo un régimen fragmentario para la regulación de los partidos, declarada constitucional de manera sorprendentemente acelerada por un Tribunal Constitucional que media un plazo de dos años (cuando no más) en la resolución de sus recursos y aplicada con bastante premura, con el horizonte de las elecciones locales de mayo de 2003”.

<sup>883</sup> Especialmente crítico con el tratamiento jurídico dado a HB se muestra Revenga Sánchez (2005, pp.21-2) para quien: “La pasividad política, y no los rasgos «genéticos» del texto constitucional, es la que nos llevó hacia el gran dilema de todos estos años. Tal dilema ha sido: o represión penal por actividades criminales del partido, o falta absoluta de cualquier control, preventivo o ex post relacionado con las actitudes políticas del mismo. Lo primero está estrechamente relacionado con los principios de responsabilidad individual y aplicación taxativa de la ley penal. Lo segundo se ha considerado incompatible con los imperativos de un régimen de libertad en el derecho de asociación, y con las exigencias derivadas de la libertad ideológica y de expresión. Así que el resultado ha sido amparar con todas las garantías constitucionales la conducta de quienes han venido haciendo de la complicidad política con el asesinato, y con los demás delitos de los terroristas de ETA, un ingrediente esencial de su oferta a los electores. Y también ha llevado a financiar generosamente esa conducta con recursos públicos. El paso hacia la democracia militante representa el intento de acabar con ese sinsentido”. Un estudio en profundidad sobre el recorrido jurisprudencial de la disolución de Batasuna puede verse en Víruga Foruria, 2007, pp. 243-305.

suponen una relajación de los criterios para su ilegalización, al no exigir la LOPP ni la previa imputación de sus afiliados o dirigentes y eludir el sistema de prueba penal presidido por el principio de presunción de inocencia. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 74; REVENGA SÁNCHEZ, 2005, p.24).

Los cambios derivados en el entendimiento de la constitucionalidad de los partidos son notorios. Un partido solo es constitucional cuando: a) Además de cumplir los requisitos propios del control interno de constitucionalidad, materializados en un adecuado desarrollo estatutario del principio de democracia interna; b) Ejercer su actividad dentro del respeto a la Constitución y a la ley. El control externo de constitucionalidad añade *ex nunc* un contenido axiológico, el respeto a los principios democráticos, a la noción de respeto procedimental propia de la anterior ley de partidos. Este nuevo marco normativo podría resumirse en la exigencia de un *pre-compromiso democrático* materializado en un claro distanciamiento del terrorismo, resultando prohibidas determinadas actitudes u obligando a realizar otras. (MONTILLA MARTOS, 2003-04, p. 563; REVENGA SANCHEZ, 2005, p. 25; RODRÍGUEZ, 2004, p. 166)

El art. 6 LOPP afirma genéricamente que «Los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes». Un mandato consecuencia de la trascendencia política de las funciones de los partidos y origen de un «plus» de sujeción al orden constitucional, materializado en el disfrute de especiales prerrogativas y derechos e igualmente de especiales cargas y deberes.

La generalidad de la expresión «actividad de los partidos» del artículo 6 LOPP es parcialmente corregida en el artículo 9.1, al afirmar que

Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.

Qué ha de entenderse por «respeto a los valores constitucionales» es el elemento central del debate jurídico sobre la adecuación de los partidos al texto legal. Para ello se ha de diferenciar entre actividades y fines del partido. Una distinción que,

no sin razón, resulta artificiosa para buena parte de la doctrina. No hay como negar que el respeto de unos valores supone en esencia una conducta finalista. (MONTILLA MARTOS, 2004, p. 13; TAJADURA TEJADA; VIRGALA FORURIA, 2008, p. 47)

Esta duda hermenéutica no parece afectar al legislador, quien en el núm. IV del Preámbulo de la LOPP afirmó que

La Ley opta, en primer lugar, por contrastar el carácter democrático de un partido y su respeto a los valores constitucionales, atendiendo no a las ideas o fines proclamados por el mismo, sino al conjunto de su actividad. De este modo, los únicos fines explícitamente vetados son aquellos que incurrir directamente en el ilícito penal

Para el legislador cabe distinguir nítidamente entre fines y actividades como criterio de respeto a los valores constitucionales propios del carácter democrático de un partido. La tesis acogida es clara: se rechaza el control ideológico o de fines de los partidos, a excepción de «aquellos que incurran en el ilícito penal». El control de los partidos es, salvo esta excepción de carácter penal, un control de actividades, no de fines programáticos.

Tiene cabida en nuestro sistema democrático *todo* proyecto no defendido mediante *conductas* que vulneren grave y reiteradamente los principios democráticos o coarten los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 9.2 LOPP). La pretensión del art. 6 CE respecto de los fines de los partidos no es otra que la imposición de un deber genérico de obediencia de los partidos al conjunto del ordenamiento jurídico<sup>884</sup>. Se rechaza el deber de adhesión a los postulados ideológicos contenidos en la Constitución propios de la «democracia militante»<sup>885</sup>.

El TC, en la Sentencia 48/2003 (F.J. 10), ha entendido que el artículo 9 LOPP “no abre ningún resquicio a la que se ha llamado «democracia militante» y no hay, por

<sup>884</sup> En sentido análogo, cf. Montilla Martos, 2004, p. 11.

<sup>885</sup> “Una «democracia militante» (*Streitbare Demokratie*) es aquella en la que se pueden declarar ilegales actividades que no constituyen ilícito penal pero que pretenden atacar los principios y valores reconocidos en la Constitución. En defensa de la democracia se ilegalizan actuaciones en virtud de los fines que persiguen, considerados contrarios al propio sistema democrático. Se plantea acaso un dilema irresoluble. Por un lado, resulta contradictorio que para defender la democracia pluralista se limite el propio pluralismo; por otro, un sistema político que tiende a la autoconservación no puede permitir la actuación sin traba de grupos hostiles al propio sistema. Por ello, en la interpretación de Kirchheimer, resulta necesario argumentar con razones lógicas la amenaza de lesión a la democracia que evidencian los actos indiscriminados y probar la relación causal entre las actuaciones y los fines del partido incompatibles con los principios democráticos, más allá de la incorporación o no de esa posición a los programas o estatutos”. (MONTILLA MARTOS, 2004, pp. 10-1)

consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información». El respeto a los valores constitucionales se ciñe exclusivamente a la órbita de la actividad del partido. Es perfectamente compatible con la ley la existencia de un partido cuyo programa persiga la destrucción del régimen de libertades y derechos fundamentales en que se asienta la democracia, *siempre* que en el conjunto de sus actividades no atente de forma reiterada y grave contra aquellos valores<sup>886</sup>. Las conductas aisladas no serán suficientes para activar el proceso de disolución de un partido político.

La decisión del Alto Tribunal se apoya en la tesis, ampliamente defendida por la doctrina española, de la inexistencia de límites materiales al poder de reforma constitucional. Las reacciones a favor y en contra de la interpretación constitucional del art. 9 LOPP no se hicieron esperar. Cualquier posicionamiento favorable o contrario a la postura del Alto Tribunal requiere una aproximación a los parámetros doctrinales *clásicos* de la democracia militante y los nuevos matices que a esta recurrente discusión aportó la vigente LOPP<sup>887</sup>.

#### 5.3.4.1 El art. 9 LOPP: la reapertura del debate democracia abierta vs democracia militante.

Entre las múltiples consecuencias jurídico-políticas que la aprobación de la vigente ley de partidos ha tenido, una de ellas ha sido la reapertura de un debate doctrinal que parecía propio de otro tiempo. Volvió a plantearse si *ex Constitutione* se exige un deber de adhesión sincera y defensa de la Norma Fundamental a los partidos.

---

<sup>886</sup> En sentido contrario, Porras Ramírez (2002, pp. 19-20) afirma: “Resulta muy de destacar que la Ley se refiera a las «actividades» de los partidos, como ya hiciera su predecesora, expresando una, aún más intensa, vocación de control de las mismas. Lo primero que cabe preguntarse es si existe base constitucional para ello, a tenor de la interpretación conjunta que ha de hacerse de los arts. 6 y 22 CE. Y no parece que sea así, pues tales normas solo establecen una «carga» o exigencia de democraticidad, referida a la estructura y el funcionamiento internos de los partidos, que no a sus fines y actividades, los cuales se consideran libres (art. 6 CE), sin más límite expreso que el de no incurrir en ilícito penal (art. 22.2 CE)”.

<sup>887</sup> En este sentido, Vírgala Foruria (2004, pp. 246-7) afirma: “El aspecto más polémico de la LO 6/2002 ha sido su concreción legislativa del mandato constitucional de que la creación y el ejercicio de su actividad de los partidos «son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley», ya que ha recibido, por ello, críticas de diversos comentaristas y del conjunto de los partidos nacionalistas vascos tachando a la ley de establecer con ello una medida antidemocrática y de reinstaurar una especie de estado de excepción político, olvidando el verdadero estado de excepción fáctico en el que viven casi la mitad de la población vasca”.

Es bien sabido que la democracia exige no solo el respeto a unos procedimientos formales. Su propia subsistencia está condicionada, en opinión de los partidarios de la democracia militante, a la sincera adhesión a la misma de los actores políticos. De aquí que, ante amenazas extremas a su pervivencia, sea lícito privar de libertad política a los liberticidas. (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2144)

Las primeras construcciones doctrinales en favor de la recepción de la democracia militante en nuestro sistema constitucional se deben a los trabajos de los profesores Alzaga Villaamil y Santamaría Pastor. Para Santamaría, la redacción del artículo 6º posibilita configurar el respeto a la CE como la exigencia de una cierta adhesión a sus postulados básicos, más allá del acatamiento formal. Preguntándose por la naturaleza de los partidos y su finalidad en el engranaje del Estado democrático, que no es otra que la toma del poder de acuerdo a su peculiar concepción del mundo, el autor llega a la conclusión de que ciudadanos y partidos no pueden gozar de un ámbito de libertad y autonomía idénticos de acuerdo al art. 9.1 CE. A los partidos ha de exigírsele un plus de sujeción a la Constitución, una cierta sintonía entre ideología del partido y la expresada por la propia Constitución<sup>888</sup>. (SANTAMARIA PASTOR, 2001, pp. 94-5).

El problema central estriba en determinar el *mínimum* constitucional de identidad entre partido y Constitución (TAJADURA TEJADA, 2004, p.94). El autor, haciéndose eco de la experiencia comparada francesa y alemana, sitúa ese mínimo en los artículos 1º y 2º del texto constitucional. La configuración de España como Estado social y democrático de Derecho y el principio de la unidad y soberanía nacional y de la autonomía de las nacionalidades y regiones son límites irresistibles de identidad. (SANTAMARIA PASTOR, 2001, pp. 94-5).

Los trabajos posteriores de Morodo y Murillo de la Cueva redundan en la existencia de límites implícitos al poder de reforma. La posible reforma de la CE no implica el que consienta cualquier cosa ni por cualquier método. Es cierto que el art. 22 CE sitúa en el Código Penal la barrera principal. No es, empero, la única, así como tampoco resulta que de la sujeción a la CE y la ley derivadas del artículo 6 no queda

---

<sup>888</sup> En sentido contrario, cf. Otto, 1985; Hinarejos Parga, 2002-3.

extraer especiales consecuencias. (MORODO; MURILLO DE LA CUEVA, 1996, p. 363)

Los citados autores rechazan una de las consecuencias elementales de la inexistencia de límites al poder de reforma constitucional: la inconstitucionalidad del establecimiento de cualquier control sobre los fines de los partidos. Pero van más allá al negar la imposibilidad de que el legislador orgánico establezca límites a la actuación externa de los partidos, al margen de la ley penal.

En favor del ámbito penal como único parámetro del *mínimum* constitucional requerido a los partidos se pronuncia expresamente Jiménez Campo<sup>889</sup>. Una posición que el propio autor matizó posteriormente al entender que la dignidad de la persona del art. 10.1 CE constituye un límite a la actividad de un partido y a su programa (*Apud* Fernández Segado, 2004, p. 186).

El prof. Vega se muestra especialmente crítico ante lo que considera la perniciosa primacía de la democracia procedimental sobre la democracia sustancial, la postración de los contenidos y valores ante las formas y los procedimientos. La conversión del respeto a las reglas del juego en criterio rector, presupuesto de legitimidad y dogma indiscutible para enjuiciar toda la vida política democrática ha

---

<sup>889</sup> Cf. Jiménez Campo, 1981, p. 173. En una posición similar al prof. Campos se manifiesta Pérez Royo (El País, 20 de Agosto de 2002), quien afirma que: “La Constitución Española contempla los partidos políticos desde una doble perspectiva. Son, *en primer lugar*, el resultado del ejercicio del derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución. Son, *además*, instituciones de relevancia constitucional expresamente mencionadas en cuanto tales en el artículo 6 de la CE. Es importante que esto no se pierda de vista. La Constitución podría no contener el artículo 6, pero no podría no contener el artículo 22. El derecho de asociación es un contenido obligatorio de la Constitución. La mención expresa de los partidos políticos es opcional. Está, pero podría no estar. Quiere decirse, pues, que la legislación de partidos tiene que ser analizada, ante todo, desde la perspectiva del artículo 22; es decir, desde la perspectiva del derecho fundamental de asociación tal como está constitucionalmente reconocido. Éste es el canon de constitucionalidad con base en el cual hay que enjuiciar cualquier ley de partidos. Y en el artículo 22 se reconoce el derecho de asociación con un solo límite: el Código Penal. 'Se reconoce el derecho de asociación', dice el apartado 1, para añadir el 2: 'Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales'. En el apartado 5 se prohíben expresamente las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. La persecución de fines o la utilización de medios tipificados como delito es el *único límite* que el constituyente ha establecido para el ejercicio del derecho de asociación. También en su vertiente política, ya que 'un partido político es una forma particular de asociación y el citado artículo 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión' (STC 3/1981, FJ 1º). Corolario de este límite es que un partido político sólo puede ser declarado ilegal por el juez penal y en un proceso con todas las garantías constitucionales del proceso penal, [...]”. En sentido contrario a Pérez Royo, cf. Fernández Segado, 2004, pp. 187-8.

servido para raptar de la vida y la historia los valores que dan sentido a la idea democrática. (VEGA *apud* TAJADURA, 2004, pp. 98-9)

Por último Tajadura Tejada, siguiendo la línea anterior, se muestra partidario de la imposición de límites supletorios a los establecidos por la ley penal en el control de la licitud de los partidos. El constitucionalismo tiene un núcleo ideológico primario, un contenido axiológico irrenunciable en el cual no tienen cabidas determinadas ideas que contradigan aquel y que, en consecuencia, son inconstitucionales. El Estado constitucional, ante una situación de violencia frente a sus valores elementales, está legitimado para defenderse estableciendo a tal efecto los controles oportunos. (TAJADURA TEJADA, 2004, p.100)

Estos autores, proclives a aceptar la proscripción de partidos de acuerdo a sus fines, se amparan en una temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No deja de ser cierto que el TC, en su Sentencia 3/81, pareció argumentar en favor de una concepción cercana a la defensa de la Constitución, más próxima al entendimiento alemán que al propio del texto español. Diría el Tribunal que la disolución de un partido político «constituye el medio con que cuenta el Estado para su defensa en el caso de que sea atacado por medio de un partido que, por el contenido de sus estatutos, o por su actuación al margen de estos, atente contra su seguridad» (F.J. 9º). Una línea hermenéutica que se reproduce en la Sentencia 85/1986 (F.J. 2º), al hablar el TC de «respeto al orden constitucional» y al parecer incidir en que los partidos, más que desempeñar funciones de relevancia pública, son un poder público.

El propio TC, en jurisprudencia posterior, rectificó esta primera línea hermenéutica de “aproximación a la democracia militante”, al afirmar en su Sentencia 119/90 (F.J. 7) que

En un Estado democrático que relativiza las creencias y protege la libertad ideológica; que entroniza como uno de sus valores superiores el pluralismo político; que impone el respeto a los representantes elegidos por sufragio universal en cuanto poderes emanados de la voluntad popular, no resulta congruente una interpretación de la obligación de prestar acatamiento a la Constitución que antepone un formalismo rígido a toda otra consideración, porque de ese modo se violenta la misma Constitución de cuyo acatamiento se trata, se olvida el mayor valor de los derechos fundamentales (en concreto, los del art. 23) y se hace prevalecer una interpretación de la Constitución excluyente frente a otra integradora.



Con mayor contundencia se pronunció el TC en su Sentencia 176/95 (F.J 2º) al afirmar que «Es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan».

Una tesis intermedia e igualmente sugerente es la representada por el prof. Fernández Segado. El punto de partida es la relativización de la inexistencia en nuestra Norma Fundamental de un concepto de «democracia militante» al estilo del art. 21.2 de la *Grundgesetz*<sup>890</sup>. La ausencia explícita de límites al poder de reforma, de una concepción militante de democracia, no conlleva *per se* la incapacidad absoluta del Estado para reaccionar jurídicamente frente a partidos que tuvieran en su ideario programático la supresión de los valores y fines consustanciales al Estado democrático de derecho (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, p. 186).

Sánchez Revenga mantiene una posición similar. La resistencia a calificar como militante a una democracia que ha decidido encarar severamente el terrorismo es una suerte de tributo que se continúa pagando a construcciones doctrinales pasadas. La clave está en que la ciudadanía, comprometida con el estilo de vida democrático, esté vigilante para que la lucha frente al terrorismo no se convierta en un cheque en blanco letal para el Estado de Derecho. (SÁNCHEZ REVENGA, 2005, p. 31)

Para el prof. Fernández Segado, la contradicción entre la inexistencia de límites al poder de reforma y la vigencia del principio de dignidad humana encuentra acomodo en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el orden penal. El art. 515 CP considera ilícitas las asociaciones que promuevan la discriminación contra personas, grupos o asociaciones en razón de su ideología, religión o creencias o por cualesquiera otras causas establecidas en la propia norma. Un partido que propugnase la discriminación caería, con independencia de su «*ratio*», en el ámbito del 515 CP pese a que en su actividad respetase formalmente el principio de igualdad. No puede admitirse que todo fin o valor contrapuesto a los constitucionalmente recepcionados tengan cabida en un programa de partido<sup>891</sup>. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, p. 187)

---

<sup>890</sup> En línea concurrente con Fernández Segado cf. Díez Picazo, 2002, p. 2144-5.

<sup>891</sup> En sentido contrario, cf. Vírjala Foruria, 2002-03, pp. 203 y ss.

Las posiciones de la doctrina en el terreno de los límites al poder de reforma constitucional distan de ser homogéneas. Frente a quienes consideran el modelo democrático español como estrictamente procedimental – Otto, Jiménez Campo, Aragón Reyes, Solozábal Echevarria, etc –, se encuentran aquellos que entienden que no todos los fines son lícitos en el Estado constitucional y que, por tanto, determinados principios, valores y bienes constitucionales se hallan al margen del poder de reforma constitucional. En esta línea doctrinal se encuentran, entre otros, los profesores Vega, Tajadura Tejada, Morodo y Lucas Murillo de la Cueva.

Las críticas al modelo de democracia procedimental se sitúan en dos planos: la «neutralidad del formalismo constitucional» y el «suicidio del Estado democrático». Uno y otro planteamiento principiológico hacen posible la supresión de la propia democracia. Tales críticas son contestadas por el prof. Bastida Freijedo en unos términos que por su interés y contundencia merecen una sucinta reproducción. La peligrosa neutralidad aducida por los partidarios de la democracia militante no es sinónimo de indiferencia. La equivalencia de las opciones como parámetro axiológico de la democracia presupone que su exposición ha de realizarse respetando los derechos y opciones ajenas. De otra forma se infringiría el ordenamiento. Tal principio rige tan solo para los procesos de participación y deliberación pública. La democracia ha de posibilitar libre y públicamente la defensa de cualquier opción, por más que tales ideas puedan causar repulsa en la mayoría de la sociedad. La esencia de la democracia no radica en el principio de la mayoría, sino en el respeto a las minorías y en este sentido el individuo es la primera minoría. (BASTIDA FREIJEDO, 2004, p. 25)

La equivalencia de opciones propia de la neutralidad cede en el campo de las decisiones, en el llamado *output* del sistema constitucional. El principio de la minoría exige repudiar aquellas opciones, aquellos *inputs* que pretendan expulsarla del sistema. Como dice el propio Bastida (2004, p. 25), “*Aquí ya no cabe sobre esta materia ser neutral, ni menos aun indiferente*”. La supresión de la minoría, la negación de los derechos fundamentales, corazón del proceso democrático de deliberación y decisión, es una opción que puede ser expuesta a deliberación, pero en modo alguno a decisión. No ha de confundirse el principio de la mayoría con la regla de la mayoría, bajo el riesgo de calificar como antidemocrática la oposición a una decisión mayoritaria

antidemocrática<sup>892</sup>. Sobre todo, cuando tratándose de una reforma constitucional la voz de la mayoría equivale a la voz del pueblo soberano.

El debate como proceso es provisional en democracia. Su cierre obedece a la necesidad de decidir, no del agotamiento del propio debate. Tales decisiones han de ser objeto de posible revisión y replanteamiento. Una cuestión que conduce al tema de las cláusulas de intangibilidad. Para Bastida, la democracia no ha de contener cláusulas de intangibilidad. Ello eliminaría el carácter naturalmente provisional de toda decisión democrática. Lo contrario hurtaría a las generaciones presentes y vivas pronunciarse sobre las cuestiones elementales del sistema en el cual viven. (BASTIDA FREIJEDO, 2004, pp. 24-7)

Tan solo cabe un límite a la afirmación precedente: la supresión del principio de minoría materializado en los derechos fundamentales del individuo. La protección del contenido esencial de los derechos fundamentales es la cláusula que garantiza la mayor autorreferencialidad y apertura posible del sistema, permitiendo a las generaciones presentes disfrutar de un ordenamiento constitucional abierto. (BASTIDA FREIJEDO, 2004, pp. 24-7)

El citado autor concluye que la ausencia de cláusulas de intangibilidad en nuestro sistema democrático no lo convierte en más democrático por ser más abierto, sino en más incoherente por ser más vulnerable en su esencia, la protección de las minorías, y por ello en menos democrático. El planteamiento de si por métodos democráticos puede suprimirse la propia democracia es erróneo. Partir de la base de que el método de la democracia es el principio de la mayoría es igualmente equivocado. Por el contrario, si se entiende que el principio básico es el de minoría, no es democrático aquel método que impide a la minoría el oponerse a una decisión radicalmente antidemocrática. (BASTIDA FREIJEDO, 2004, p. 27)

El sistema de defensa de la CE ideado por el legislador constituyente resulta cuanto menos inconsistente y contradictorio si observamos la redacción literal de algunos artículos de la Norma fundamental contenidos en los Títulos Preliminar y Título I. El art. 1 CE proclama la existencia de «valores superiores», parámetros axiológico-hermenéuticos de la producción normativa. El art. 2 CE reconoce la

---

<sup>892</sup>En sentido análogo, cf. Montilla Martos, 2004a, p. 27.

«indisoluble unidad de la Nación española». El art. 10.1 CE afirma que la «dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social».

La redacción literal de estos artículos permite albergar la idea de ser límites inmanentes o implícitos del poder de reforma<sup>893</sup>. Dicha contundencia no se reproduce sin embargo en el art. 168 CE, según el cual cabe la revisión total de la Constitución. Un partido político que tuviese en su programa el objetivo de la supresión de la democracia y la instauración de un modelo autocrático o dictatorial sería perfectamente compatible con la ley. Una lógica procedimental que para parte de la doctrina, v.g el prof. Montilla Martos, no afectaría a los valores y principios contenidos en los artículos 1, 2 y 10 CE por tratarse de una operación constituyente propiamente dicha (MONTILLA MARTOS, 2004a, p. 24).

Más allá de disquisiciones teóricas y debates reabiertos sobre la vigencia de la democracia militante en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda que la CE ha constitucionalizado unos valores superiores como parámetros axiológico-hermenéuticos de la producción normativa. Ello no implica la imposición a los ciudadanos o partidos de la obligación de adhesión ideológica a esos valores, pero sí la sujeción de los poderes públicos, ciudadanos y partidos a las normas jurídicas bajo la amenaza de sanción. Como afirma Montilla Martos (2004a, p. 27), “[...] que no imponga esas adhesiones no permite extraer la conclusión de que la CE prohíba a los poderes públicos intervenir, con todas las necesarias restricciones formales, sobre los partidos cuando provoquen un grave riesgo para el propio orden constitucional del que esos valores forman parte esencial”.

La exigencia de una actitud de militancia en la defensa de la CE no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. No por la inexistencia de límites implícitos a la reforma constitucional, una cuestión sobre la cual no puede sostenerse una postura concluyente. Tampoco por la existencia de una pretendida neutralidad axiológica de la CE que, como se ha visto, está igualmente sometida al límite del principio de minoría. La negación de un modelo de democracia militante encuentra su acomodo en el hecho

---

<sup>893</sup> En este sentido, cf. Aláez Corral, 2000, pp. 345-81; Montilla Martos, 2004a, p. 24;

de que tanto el legislador constituyente cuanto el TC concibieron los valores y los derechos fundamentales del pluralismo político y la libertad ideológica con tal amplitud que son límites irresistibles a la imposición a los partidos de la adhesión incondicionada al ideario democrático. (MONTILLA MARTOS, 2004, pp. 27-8)

La imposibilidad de imponer a los partidos la defensa de la forma del Estado democrático del art. 1 CE o la unidad territorial del art. 2 CE no es óbice para el establecimiento de límites y, consecuentemente, la posible prohibición de aquéllos cuyas actividades sean manifiestamente agresivas con determinados valores o principios constitucionales. Los partidos, aun en su condición de pilares del edificio democrático, no son asociaciones inmunes a los instrumentos con que cualquier democracia constitucional puede y debe reaccionar ante ataques que pongan en jaque los valores y principios elementales que la sustentan. No cabe imaginar en democracia un partido, al amparo del art. 22.2 CE, cuyo ideario político fuese contrario al principio de igualdad y a la dignidad de la persona y que persiguiese con sus actividades el odio racial o la persecución de la homosexualidad, por citar tan solo algunos ejemplos palmarios.

La exclusión de partidos en una democracia pluralista como la española es sin lugar a dudas materia doctrinalmente polémica. Un sector afirma que el art. 22 CE es el canon según el cual puede instarse la disolución por vía penal de los partidos<sup>894</sup>. Para otros la vía penal, aun siendo la instancia preferente, no es la única alternativa. Podrá instarse la disolución de partidos cuando sus actividades atenten grave y reiteradamente contra el principio democrático y los derechos humanos.

En este sentido sigue siendo pertinente, por equilibrada, la clásica cita del prof. Otto (1985, p. 49), para quien

[...] la exclusión de los [*partidos*] anticonstitucionales se rodee de unas especialísimas garantías precisamente en virtud de la función que se les atribuye en el sistema constitucional liberal-democrático; si en algún caso la defensa de la Constitución pone claramente de manifiesto sus peligros y contradicciones es precisamente en el de los partidos políticos. Por ello, el simple hecho de que el art. 6 no acompañe la exigencia de respeto a la Constitución con las correspondientes garantías de la libertad de los partidos sería argumento definitivo para afirmar que la Constitución no ha permitido

---

<sup>894</sup> En este sentido, Pérez Royo (El País, 2002) afirma: “Únicamente lo que la sociedad a través del Código Penal considera como constitutivo de delito se convierte en límite en el ejercicio del derecho de asociación, límite que tiene que ser verificado en un proceso penal con todas las garantías que la Constitución reconoce en este tipo de procesos”.

el establecimiento de un sistema de defensa frente a los partidos. Y quien no comparta esta tesis y afirme la constitucionalidad de tal defensa deberá conceder al menos que el legislador que la establezca habrá de hacerlo con las limitaciones y cautelas que el Estado de derecho exige.

Igualmente acertada nos parece la posición de Rubio Llorente (El País, 2002), quien afirma que

La democracia no es incompatible en modo alguno con una regulación de los partidos políticos que prevea la imposibilidad de constituir como tales asociaciones que no reúnen determinados requisitos, o la ilegalización de los ya existentes cuando se dan otros. La creación de un partido tiene en su base el derecho de asociación, pero no es un simple ejercicio de ese derecho, pues el partido es un actor indispensable de la vida democrática y ha de reunir en consecuencia condiciones que no cabría exigir del resto de las asociaciones. Por eso, aunque es posible actuar contra ellos, como contra cualquier otra asociación, por la vía penal, cuando sirven de instrumento para la comisión de delitos, también es posible ponerlos fuera de la ley por razones que nada tienen que ver con actuaciones delictivas, sino simplemente porque sus fines o sus medios son incompatibles con la democracia. No ciertamente, porque quieran cambiar la Constitución o las leyes, sino porque pretenden conseguirlo con medios que no son plenamente legales y democráticos, o porque el fin que se proponen no es compatible con los principios básicos de la democracia.

La ilegalización de un partido político y su consecuente expulsión del sistema democrático es un proceso que, por la importancia de estas cualificadas y complejas manifestaciones del derecho de asociación, genera inevitables tensiones y contradicciones con otros bienes jurídicos especialmente relevantes. Nos referimos al pluralismo político y los derechos fundamentales de asociación, participación política y libertad ideológica<sup>895</sup>.

Esta inevitable fricción ha sido revisada a raíz del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía*, de 31 de julio de 2001 (TEDH 2001, 496). La Sentencia puede ser calificada como un auténtico *giro copernicano hermenéutico* en las relaciones entre el Estado y los partidos.

---

<sup>895</sup> En este sentido, Cascajo Castro (2008, p. 16) afirma: “Nadie es tan ingenuo para pensar que después de más de treinta años de terrorismo, los equilibrios constitucionales, siempre precarios, han quedado inalterados. A este respecto, sea cual fuere el juicio que se tenga sobre si la citada Ley de Partidos representa una finalidad plausible y constitucionalmente adecuada, no se puede dudar que ciertas actividades violentas, aunque no sean constitutivas de delitos, afectan sustancialmente al proceso político y al ejercicio de los derechos fundamentales, que son el núcleo intangible de la constitución democrática. No se trata, pues, de modificar por ley la estructura política del sistema de partidos, ni de pasar por alto que una ley como la aquí estudiada puede tener su coste en la presión que puede suponer al ejercicio de los derechos fundamentales de asociación y sufragio”.

El TEDH consideró lícita la disolución del Partido de la Prosperidad (en adelante PP) por el Tribunal Constitucional de Turquía al entender que no contrariaba el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>896</sup>. La peculiaridad y dificultad añadida era que el PP era no solo un partido de orientación islamista, sino que además estaba en el poder. El dilema central era doblemente complejo. En términos estrictamente jurídicos, se trataba de verificar la compatibilidad entre la Sharia (ley islámica) y la *Jihad* (guerra santa) que el Partido de la Prosperidad asumía en sus actuaciones y el Convenio Europeo. En términos generales y eminentemente políticos, se juzgaba la avenencia entre la civilización occidental y su entendimiento pluralista de la democracia, basado en el respeto y garantía de los derechos fundamentales, y la civilización islámica cimentada sobre valores culturales y fuentes jurídicas muy diferentes.

La *ratio decidendi* aducida por el Tribunal fue afirmar que un partido favorable al fundamentalismo religioso encarna una ideología estática y cerrada, antitética con los valores del pluralismo político y el dinamismo propios de toda sociedad democrática. La laicidad del Estado es un principio intocable del Estado democrático cuya destrucción podría originar la puesta en peligro de los derechos fundamentales de los ciudadanos. La predeterminación de un ideario político inmutable, dijo el TEDH, cercena el espacio de discusión y decisión pública dinámicos que caracterizan a la democracia. La sustancia de un partido, la asociación y libertad colectiva de expresión, no puede incluir en su seno la legitimación de la violencia.

El Tribunal pasó con esta histórica decisión a admitir no solo el control de medios o actividades sino también, y aquí es donde se produjo la novedad, el control de los fines cuando estos cercenen el pluralismo político y hagan imposible la democracia. (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2145; GARCÍA ROCA, 2002, pp. 295-99)

---

<sup>896</sup> ARTÍCULO 11. Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. 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. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

Fue en este contexto de revisión jurisprudencial que se fraguó la vigente LOPP. Hasta su entrada en vigor la penal era la única vía directa de ilegalización de partidos<sup>897</sup>. A ello contribuyó la inconcreción casuística de la Ley 54/78 sobre la disolución de un partido por actividades contrarias a los principios democráticos. Esta situación de *predominio* penal vino a quebrarse con la entrada en vigor de la LOPP. Desde entonces, el control de adecuación de los partidos al ordenamiento es objeto de un doble filtro. El primero □ el del art. 22.2 CE, recogido en el art. 10.2 a) LOPP<sup>898</sup> y desarrollado en el art. 515 CP<sup>899</sup> □ instituye una reserva de jurisdicción según la cual las decisiones que afecten al funcionamiento o existencia de una asociación no podrán ser dictadas sino por la autoridad judicial. Las asociaciones están constitucionalmente bajo protección del Poder Judicial (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2149).

Para los partidarios de la disolución de partidos *exclusivamente* por vía penal no cabe hablar de ejercicio ilícito del derecho de asociación y, en consecuencia, no cabe la disolución del partido. No es esta la única interpretación posible del art. 22.4 CE. Este dispositivo puede ser considerado norma constitucional autónoma, no mero complemento de los artículos 22. 2 y 22.5 CE. La reserva de jurisdicción implica que toda disolución de asociaciones ha de ser decidida por un juez. La peculiaridad es que, a diferencia del planteamiento anterior cabe al legislador junto al proceso penal establecer otros supuestos de disolución. De admitirse esta tesis, decae la tacha de inconstitucionalidad del procedimiento de disolución extra penal establecido en la LOPP. (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2150)

---

<sup>897</sup> Vid. STC 3/81, F. J. 9º que afirma que: “[...] al Poder Judicial, y sólo a éste, encomienda la Constitución y también la legislación ordinaria la función de pronunciarse sobre la legalidad de un partido político”.

<sup>898</sup> Art. 10.2 LOPP. La disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes: a) Cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal. b) Cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica. c) Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

<sup>899</sup> Art.515CP. Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2.Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. 3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4. Las organizaciones de carácter paramilitar. 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.



El segundo filtro de adecuación constitucional de los partidos ha sido la introducción de un canon de constitucionalidad establecido en la LOPP, al amparo del art. 9 LOPP y materializado en la adecuación de las actividades del partido a los principios democráticos y los derechos humanos<sup>900</sup>. La vigente LOPP ha traspasado los márgenes del ilícito penal, introduciendo causas de ilicitud que van más allá del puro control de medios y abre ciertas posibilidades al control de los fines. La norma central es el art. 9.2 LOPP<sup>901</sup>. El artículo comienza afirmando que «Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático», para, a continuación, precisar que la disolución requiere que el partido realice «de forma grave y reiterada» determinadas conductas que han sido objeto de una exhaustiva enumeración sin precedentes.

---

<sup>900</sup>En opinión de Pérez Royo, la ilegalización de un partido político en los términos del art. 9.2 LOPP, al exigir la gravedad y reiteración de la conducta, define precisamente el objeto de la defensa de la democracia. (PÉREZ ROYO, 2010, p. 509). En sentido concurrente al prof. Pérez Royo se pronuncia el prof. Bastida Freijedo. En opinión de este autor, la CE no contiene instrumentos de defensa de la Constitución. Motivo por el cual no deja de causar sorpresa el que, por vía legislativa, se estén introduciendo mecanismos que pudieran tener el sesgo de instrumentos de defensa de la Constitución o bien pudieran provocar interpretaciones de ese cariz. Cita como ejemplos el juego de presunciones del art. 9 LOPP, el art. 510.2 CP o el art. 2.5 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho de asociación, que asimila el mandato de estructura y funcionamiento democráticos exigido exclusivamente a los partidos al resto de asociaciones. (BASTIDA FREIJEDO, 2004, p. 24). Para otro sector de la doctrina, como el prof. Montilla Martos, los presupuestos establecidos en el art. 9 LOPP son los propios de una democracia militante. En la Ley 6/2002, se afirma expresamente que los partidos habrán de respetar en el ejercicio de su actividad los valores constitucionales expresados en los principios democráticos (9.1 LOPP), o bien que la vulneración de tales principios conllevará la ilegalización de un partido. Se introduce, así, un control externo de constitucionalidad del partido. Es incierta e insuficiente la distinción que el TC realiza entre fines o actividades, puesto que resulta inexorable la vinculación de actividad y fin del partido, estén expresados en los estatutos o se deduzcan de la actitud de los militantes. (MONTILLA MARTOS, 2004, pp. 12-3)

<sup>901</sup> Art. 9.2. LOPP. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave: **a)** Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. **b)** Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. **c)** Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

Las actuaciones proscritas por el legislador serán actividades de distinta naturaleza, comportamientos y expresiones ideológicas y de valor claramente vinculadas a la violencia. Su persecución requiere carácter continuado y gravedad, analizadas en el marco de la trayectoria de un partido y teniendo en cuenta la variedad de actuaciones que la propia naturaleza de los partidos les “impone”. Todo ello con un claro objetivo: proteger el pluralismo político y el método democrático, reaccionando ante aquellos partidos que rebasan con su actividad recurrente y de forma gravosa los cauces naturales de expresión y actuación con una clara intención de erosionar la propia democracia<sup>902</sup>.

Las críticas sobre la constitucionalidad de la técnica empleada para la disolución de partidos han de ser objeto de algunas puntualizaciones<sup>903</sup>. El legislador ha llevado a cabo una regulación casuística detallada, a sabiendas de la gravedad que la disolución de un partido tiene para una democracia pluralista. No cabe afirmar que el artículo 9 LOPP permita el control indiscriminado de los fines del partido. El parámetro de control de la licitud de los partidos lo establece la protección de la libertad. La senda abierta por el TEDH ya vista refuerza la propia constitucionalidad de la LOPP de acuerdo al art. 10.2 CE. El artículo 11 CEDH permite la disolución de aquellos partidos que aspiran desde su programa político a la destrucción del orden jurídico-político en que se basa el Estado democrático de derecho<sup>904</sup>. (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2146)

---

<sup>902</sup> En sentido similar, Iglesias Báñez (2008, pp. 62-3) afirma: “A nuestro entender, una lectura atenta del Texto de la Ley permite observar como el «ajuste a los principios democráticos» del art. 6, o el respeto a los «valores constitucionales expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos», aparecen referidos a la actividad del partido y no a sus fines políticos o ideológicos. Estamos de acuerdo en que toda intervención sobre el régimen de partidos afecta al entendimiento del sistema democrático, pues es reconocido que «la libertad de los partidos es libertad de las minorías y que la libertad de las minorías es ante todo libertad de las minorías no conformistas». Ahora bien, la «forma democrática y el pleno respeto al pluralismo» se entienden obligaciones que asumen los partidos en el desarrollo de las funciones constitucionales, y no en sus declaraciones programáticas. Es más, en el procedimiento judicial de declaración de ilegalidad de un partido solo cabe enjuiciar la actividad partidaria y solo cabe enjuiciar si la realización reiterada y grave de la misma vulnera el método de la libertad democrática”.

<sup>903</sup> Especialmente críticos se han mostrado Pérez Royo (2010, p. 509); Bastida Freijedo (2004, p. 24);

<sup>904</sup> En sentido contrario, Iglesias Báñez (2008, p. 67) afirma: “El mandato que resulta del art. 10.2 CE impone a los intérpretes españoles del derecho de asociación (art. 22 CE), «su exégesis de conformidad no solo con el art. 11 del Convenio, sino también con la (rica y matizada) jurisprudencia que elabora el Tribunal que, en última instancia lo garantiza»; jurisprudencia que además «adquiere en nuestro país “valor constitucional”». Ahora bien, debemos tener en cuenta que la teoría del estándar mínimo de protección del Convenio, implica que si las normas nacionales recogen un nivel mayor de protección de los derechos y libertades que el establecido en el Convenio (y aplicado por el TEDH), entonces la interpretación de las normas internas debe ser independiente de las del Convenio. La exigencia de compatibilidad de los fines partidarios con la democracia en nuestro ordenamiento no está presente; en consecuencia «que nuestra constitución no permita un control ideológico de los partidos supone claramente que nuestro ordenamiento dispensa una protección mayor al derecho fundamental de

La democracia se basa en la libre competencia entre partidos, de forma que la decisión de excluir del juego a uno de ellos roza sus propios límites axiológicos. La prohibición de un partido es una decisión que obliga a extremar el cuidado, para no traspasar las fronteras de la democracia. La aprobación de una ley de partidos no garantiza alcanzar el fin pretendido de depurar la democracia de los elementos que la pervierten o ponen en grave riesgo su mantenimiento. Una incertidumbre que en modo alguno convierte a la ley en innecesaria. Quienes ejercen el poder en democracia están obligados no solo al respeto de las reglas del juego, sino a defenderla activamente frente a quienes mediante su conducta y actividades ampararon y contribuyeron directa y continuamente al mantenimiento de una banda criminal. (RUBIO LLORENTE, 2002)

Es especialmente oportuna de mención la ponderación que respecto de la propia LOPP y la introducción de la democracia militante en nuestro sistema realiza Diez Picazo (2002, p. 2146), para quien

[...] es verdad que la Constitución española – a diferencia del artículo 9 de la Ley Fundamental de Bonn, que proscribía directamente los partidos «dirigidos contra el orden constitucional» – no exige a los poderes públicos que practiquen una democracia militante. Ahora bien, ello no significa necesariamente que lo prohíba; máxime cuando, como ocurre con la Ley Orgánica de Partidos Políticos de 27 de junio de 2002, las medidas de democracia militante no van dirigidas contra quienes propugnan objetivos anti-sistema, incluido el independentismo, sino solo contra quienes emplean y justifican la violencia como arma de lucha política. [...] En pocas palabras, que la democracia militante no sea constitucionalmente obligatoria no significa que esté constitucionalmente prohibida. Por todo ello, no parece que la Constitución española excluya la adopción de medidas de democracia militante ni que, desde este punto de vista, quepa tachar de inconstitucional la nueva Ley Orgánica de Partidos Políticos.

Las reservas y reproches que a la vigente LOPP puedan realizársele no permiten afirmar su inconstitucionalidad<sup>905</sup>. La adecuación constitucional no impide criticar la técnica legislativa empleada, en particular la controvertida redacción casuística de su artículo 9 en particular. La deficiente cobertura legal del mandato de democracia interna y el silencio en materia de financiación son otros déficits. Quizás hubiera sido más adecuado reducir el debate a la disolución extra penal de los partidos,

---

asociación, que la mayoría de los Estados miembros del CEDH y que el propio sistema de «estándar mínimo» instaurado por ésta», y no cabe, por tanto, aquí asumir la doctrina del TEDH. Nuestro sistema jurídico-constitucional no viola las disposiciones del Convenio. No solo asume sus «mínimos», que cumple escrupulosamente, sino que además se muestra más garantista con la libertad de asociación política que la propia jurisprudencia del TEDH”.

<sup>905</sup> Un estudio en profundidad de las tachas de constitucionalidad a la Ley de Partidos puede verse en Diez Picazo, 2002, pp. 2141-51.

evitando una nueva regulación que, como la presente, pasa de puntillas por los temas anteriormente apuntados (DIEZ PICAZO, 2002, p. 2143).

Nuestro campo de observación, atención y crítica se circunscribe a plantear una reforma de la LOPP que refuerce las garantías propias del pluralismo político y la participación, tanto en el marco general de la democracia como en el interior de los partidos políticos. Sin la adecuada regulación de uno y otro no puede hablarse seriamente de un sistema democrático.

#### 5.4 LA ESTRUCTURA INTERNA Y EL FUNCIONAMIENTO DEMOCRÁTICOS EN LA LOPP.

##### **5.4.1 Los antecedentes de la democracia interna: breves notas sobre la ley 54/78 y la nueva LOPP.**

Los partidos, como se ha visto, se articulan en base al principio de libertad de creación y autonomía de organización y actividad interna. La libertad de creación supone la ausencia de autorización previa administrativa para la «entrada» de los partidos en el mundo jurídico, una vez verificada la idoneidad formal de la documentación presentada en el Registro de Partidos. El control de la idoneidad jurídica es de carácter represivo y competencia exclusiva del Poder judicial. La autonomía organizativa y de actuación es una garantía que comprende la capacidad de estructurarse y de darse normas y la autonomía funcional, es decir, la libre persecución de los fines propios del partido, el ejercicio de las libertades auxiliares de la acción política y la irrestricta difusión del ideario y programa del partido. El reconocimiento y protección de ambas libertades forma parte del contenido esencial del art. 22 CE<sup>906</sup>.

---

<sup>906</sup> En este sentido, Oliver Araujo y Calafell Ferrá (2007, p. 15) afirman: “El derecho de asociación tiene una vertiente normativa, consistente en la facultad de dotarse de unos estatutos; éstos, como norma que institucionaliza la asociación, se erigen en la fuente primaria de su ordenamiento interno”. Sobre el contenido esencial del art. 22 CE vid. STC 67/85, F.J. 3º. Una crítica de la jurisprudencia constitucional puede verse en Lasagabaster Herrarte, 1994. Un estudio en profundidad del contenido esencial del art. 22 CE puede verse en Martín Huertas, 2009.

La existencia de partidos libres y autónomos es *conditio sine qua non* del Estado democrático<sup>907</sup>. Sin libertad de actuación y organización partidista no resultaría posible la traslación de las demandas del Estado-comunidad al Estado-aparato y la conversión de la voluntad popular en voluntad estatal. La trascendencia de tales funciones para el sostenimiento del sistema es fundamento de la imposición de determinados límites jurídicos que coadyuven precisamente a su consecución<sup>908</sup>. Tan solo una estructura interna y un funcionamiento reconocidamente democrático podrán garantizar que los partidos trasladen al ámbito estatal la libre manifestación de la voluntad popular, posibilitando una reconocible homogeneidad estructural entre sociedad, partidos y Estado<sup>909</sup>. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, p. 182)

La justificación de la democracia interna no se agota en la necesaria coherencia con un régimen en que los partidos son los principales actores, tal y como afirmó el prof. Tierno Galván en los debates parlamentarios de la Norma Fundamental<sup>910</sup>. Se proyecta igualmente en la obligatoriedad de que el principio democrático llegue a los cuerpos intermedios con poder efectivo sobre los ciudadanos. De esta forma, podrán acotarse las tendencias oligárquicas que afectan a los partidos españoles<sup>911</sup>. *Ítem* más: aun cuando pueda resultar paradójico, la democracia interna es una garantía de la

<sup>907</sup> En esta línea, Martín Huertas (2009, p. 21) afirma: “En la libertad asociativa se entrecruzan estrechamente aspectos privados y públicos porque dicha libertad trasciende los límites de la mera individualidad subjetiva al tener una notable proyección social, dada la importancia que poseen las asociaciones para la consolidación de la democracia, [...]”.

<sup>908</sup> En favor de una intervención legislativa estatal para fortalecer la democracia de los partidos, Iglesias Báez (2008, p. 93), afirma: “Si tenemos en cuenta que los partidos son los actores privilegiados del juego democrático y que el respeto en su seno de unos principios estructurales y funcionales democráticos es presupuesto para que «pueda «manifestarse la voluntad popular y materializarse la participación» en los órganos del Estado a los que esos partidos acceden»; entonces podemos concluir que solo puede ser calificada de falacia la afirmación de que existe una disyuntiva real en nuestro ordenamiento que nos permite optar entre intervenir legalmente o bien abstenernos. En definitiva, lo que intentamos resaltar es que el mandato constitucional del artículo 6 *in fine* de la Constitución no es una simple «proclama ideológica» o un deseo bienintencionado del constituyente, sino que responde a la idea de *presupuesto* del correcto y eficaz funcionamiento de la democracia de nuestros días”.

<sup>909</sup> *Vid.* STC 56/95, F.J. 3.1.a). En esta línea, Presno Linera (2000, pp. 111-2) afirma: “Dichas funciones de trascendencia pública - [*de los partidos*] en Portugal se habla de «funciones constitucionales» -, no se quedan en el puro ámbito privado de las asociaciones, sino que inciden de un modo determinante en la vida estatal, mediatizando la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales”.

<sup>910</sup> El propio profesor Galván afirmará, en la Enmienda 457 del Grupo Mixto lo siguiente: “Se trata de que resulte coherente lo que haya que pedirse a los partidos políticos con la ideología general democrática”. (*Apud* SAINZ MORENO; HERRERO DE PADURA, 1989, p. 910)”.

<sup>911</sup> En este sentido, Sánchez Herrera (2006, pp. 530-1) afirma: “La democracia interna de los partidos es una exigencia constitucional; sin embargo, el funcionamiento diario revela que las oligarquías son las que toman las decisiones en el seno de los mismos, sin contar con los afiliados y militantes. De esta forma, se produce un déficit democrático de consecuencias trascendentes para el funcionamiento del conjunto del sistema político, dado que los partidos son los agentes principales del sistema de representación del Estado”.

libertad de los propios partidos políticos<sup>912</sup>. Sin ella el propio art. 23 CE, epicentro del sistema democrático, se ve gravemente desvirtuado. (OLIVER ARAUJO; CALAFELL SERRA, 2007, p. 17; PRESNO LINERA, 2000b, p. 112)

Libertad de autoorganización y democracia interna deberían ser principios complementarios. La *real politik*, por el contrario y de forma insistente, nos muestra unas cúpulas dirigentes más preocupadas por el incremento de las cuotas de poder que por desarrollar la democratización de los partidos. El modelo organizativo de los partidos, puede afirmarse sin miedo a equívocos, ha experimentado escasos cambios. Siguen caracterizándose por una escasa permeabilidad hacia la sociedad civil y una desmesurada permanencia en sus cuadros funcionales de oligarquías que han hecho del cargo en el partido e institucionales un modo de vida. El mal de la *profesionalización de la política* explica el que, en algunos casos, los cargos dirigentes sean ocupados no por los más valiosos, sino por aquellos que tienen un coste de oportunidad inferior en mantenerse en ellos ante la falta de alternativas reales fuera del partido<sup>913</sup>.

La democracia interna, como afirma Bastida Freijedo (2000, p. 17), es en nuestro sistema “[...] una mala escenificación de ese modo de actuación oligárquico, presentado en unos casos como ejercicio de un liderazgo sin discusión y, en otros, como dialéctica entre distintas corrientes del partido, que en gran medida son meros grupos de poder dentro de la organización política”<sup>914</sup>. Este persistente *estatus quo* refuerza la necesaria intervención del legislador en favor de la revitalización interna de los partidos<sup>915</sup>. De forma contraria, se corre el riesgo de que el art. 6 CE pierda buena parte

---

<sup>912</sup> Cf. Grimm, 1996, p. 411.

<sup>913</sup> Cf. Fundación Alternativas, 2012.

<sup>914</sup> En una línea marcadamente realista sobre el funcionamiento real de los partidos se pronuncia Sánchez Herrera (2006, p. 530), quien afirma que: “La naturaleza jurídica pública de las funciones políticas que desempeñan en exclusiva los partidos obliga a éstos a cumplir con escrupulosa observancia las obligaciones plasmadas en la CE y en el Código Penal. Y el Estado tiene que establecer los mecanismos de control necesarios para que la estructura interna y el funcionamiento de los partidos sean ejes democráticos. Los Estatutos de los partidos acostumbran a reflejar las fallas que en materia de democracia interna aquejan a los partidos: los Congresos y demás órganos partidarios no facilitan la participación de los afiliados; la dirección del partido acumula poderes excesivos, al margen del control democrático; los derechos fundamentales de los militantes son conculcados sin que las comisiones de control y garantías, que pocas veces rebasan lo puramente nominal, actúen para impedirlo; los procedimientos sancionadores no ofrecen las salvaguardias básicas; los procesos electorales internos permiten una participación marginal a los afiliados; tampoco la circulación de las élites políticas y el control de sus actividades están asegurados en el seno de los partidos”. En sentido análogo, cf. Iglesias Báñez, 2008, pp. 91-3.

<sup>915</sup> “La democracia interna forma parte del perfil institucional de los partidos, de manera que los poderes públicos no deberían reconocer como tal a una organización que la rechace radicalmente”. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p.85)

de su obligatoriedad jurídica y pase a ser poco menos que una proclama ideológica desprovista de contenido material. Dicho mandato ha de asumir un carácter prescriptivo dirigido a adecuar la realidad constitucional para así asegurar un mejor desempeño de nuestro sistema democrático. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 111)

Otro argumento que refuerza la posición en favor de la intervención legislativa en materia de democracia interna es la propia generalidad del art. 6 que, como es fácilmente deducible, ni mucho menos agota la materia. Ello refuerza la legitimidad de la intervención estatal. El mandato del constituyente tiene por protagonista al legislador, no a los partidos. Hablar de disyuntiva entre la abstención y la intervención normativa es una suerte de falacia jurídica. Otra cuestión, peliaguda, es el grado de maniobra del que disponga el legislador para concretar tal mandato. Lo esencial resulta el encauzar el derecho de autoorganización de los partidos, el establecer límites eficaces a la estructura y funcionamiento interno y, en última instancia, a establecer un control eficiente de la deriva oligárquica a que la autonormación partidaria ha desembocado. (IGLESIAS BÁREZ, 2008, p. 93; NARANJO DE LA CRUZ, 2005, p. 166; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 116)

La deficiente regulación normativa de la democracia interna encuentra su origen en la parquedad de la anterior regulación legal, la Ley 54/78, de 4 de diciembre. En esta ley, preconstitucional aunque prácticamente coetánea de la CE, resultó patente la indiferencia del legislador en instituir normas de organización y funcionamiento democráticos de los partidos y reconocer un catálogo mínimamente amplio de derechos de participación a los afiliados<sup>916</sup>. El objeto de la ley era aprobar una normativa enfocada en la inscripción del partido, reflejo de una actitud muy conveniente a unos organizaciones escasamente interesados en ampliar el intervencionismo estatal en su vida orgánica (MARTÍN DE LA VEGA, 2004, p. 211). La justificación de tales insuficiencias obedeció, según el legislador orgánico de la LOPP, a la necesidad de «

---

<sup>916</sup> Sobre la insuficiencia de la anterior ley en materia de democracia interna, Otto (1985, p. 63) afirmó: “Aun desde el más profundo escepticismo respecto de la posibilidad de democracia interna en los partidos – incluso desde el convencimiento de que ésta debe ser limitada, ya que la condición de militante, a diferencia de la de ciudadano, se acepta libremente y un partido no debe en modo alguno reproducir la pluralidad, como la democracia exige que lo haga el Estado – hay que reconocer que la regulación legal no satisface ni siquiera las exigencias mínimas. Faltan, al menos, los siguientes requisitos elementales: determinación de la competencia de la Asamblea General para adoptar las decisiones fundamentales; periodicidad de la elección de los «cargos» y «órganos directores»; responsabilidad de los mismos; necesidad de la confianza de la Asamblea; revocabilidad; colegialidad de los órganos de dirección [...], etc”. En sentido similar, cf. Fernández Segado, 2004, p. 182.

[...] asentar un procedimiento sencillo de constitución en libertad de los partidos políticos, objetivo, por otra parte, no menor en el momento fundacional en que vino a dictarse»<sup>917</sup>.

La vigente LOPP ha sido el primer cuerpo legal que ha desarrollado mínimamente el mandato constitucional de democracia interna tras 25 años de evidente inconsistencia legal<sup>918</sup>. El lapso de tiempo pasado entre una y otra regulación constituye nueva prueba de la lentitud con que el legislador opera en la limitación jurídica de las esferas de poder de los partidos. Es la conocida *refratariedad* de los partidos a su autolimitación normativa. El propio legislador orgánico reconoció en la Exposición de Motivos la insoslayable necesidad de acabar con la insuficiencia regulatoria de la ley anterior «Tanto en lo que se refiere al entendimiento de los principios democráticos y valores constitucionales que deben ser respetados en su organización interna o en su actividad externa, como en lo que afecta a los procedimientos para hacerlos efectivos».

Perfeccionar el funcionamiento del sistema democrático y ampliar las garantías de las libertades esenciales de los ciudadanos requiere, consolidado el sistema de partidos y la otrora incipiente democracia española, del fortalecimiento de los mecanismos de democratización de las organizaciones partidarias. La clave de bóveda pasa por una reforma legal que los dote de un «régimen más perfilado, garantista y

---

<sup>917</sup> Rebollo Delgado (2007, pp. 51-2) afirma, respecto de la Ley 54/78, lo siguiente: “De la simple lectura de la Ley 54/1978 se deduce con claridad la parquedad de la norma, lo que después de 25 años de vigencia, ha sido más una virtud que un demérito. La ausencia de principios ideológicos o finalistas que se plasman en el art. 6 de la Constitución es quizás su mayor carencia a *priori*, pero en última instancia, hemos de constatar que con su vigencia se ha desarrollado y perfeccionado el sistema democrático en España, y que en todo caso ha sido herramienta útil de consolidación de la vida política nacional.[...]. En todo caso, las valoraciones de la Ley 54/1978 han de ser conscientes del momento en que nace, y de forma especial del contexto en el que surge. De esta forma, sería injusto achacarle el no contemplar necesidades futuras en la regulación de los partidos políticos, o exigirle la previsión de problemas actuales. En resumen, la norma que analizamos cumplió a la perfección la pretensión de consolidar un régimen democrático basado en los partidos políticos”.

<sup>918</sup> García Santemas (2000, p. 18) nos recuerda los motivos del olvido de la democracia interna en los siguientes términos: “El miedo del constituyente español se cifraba en la ingobernabilidad del parlamento y en la inestabilidad del sistema. El recuerdo de la experiencia de la segunda república llevó a la configuración de un sistema electoral y de un reglamento en el congreso de los diputados que daba un enorme poder a las ejecutivas de los partidos. El sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas y el reglamento del congreso de los diputados que daba una primacía casi absoluta al portavoz de cada grupo parlamentario ha conducido a la situación actual. Una situación donde impera el monopolio de la voz por parte de unos pocos y la disciplina de voto en la mayor parte de los casos. Los defensores de este modelo argumentan que la primacía en una democracia representativa la tienen los partidos, que estamos en un Estado de partidos y que por tanto la elaboración de la posición que cada organización es asunto interno de cada cual (puede haber más o menos debates dentro de los grupos parlamentarios o en la dirección de los partidos) pero a la hora de comparecer ante la cámara es imprescindible la «disciplina de cemento», la organización tiene que hablar y votar, sin fisuras, como un solo hombre”.



completo». No afectaría ni a la libertad de creación ni a la autonomía de organización. Se centraría en la forma en que el partido configura su voluntad interna, materializando el mandato del art. 6 CE. (TAJADURA TEJADA, 2004, p. 71)

El grado de consecución de dicho objetivo ha sido calificado por el común de la doctrina como discreto y manifiestamente mejorable. Martín de la Vega (2004, p. 213), refleja acertadamente la situación pasada y presente al afirmar que

En el ámbito de la democracia interna en el partido político, la antigua ley optaba por un modelo que el propio Tribunal Constitucional calificó como extremadamente parco en cuanto al establecimiento específico de los derechos de los afiliados. Una intervención legal mínima que, como es sabido, no deja de tener trascendencia a la hora del control jurisdiccional. No estábamos pues ante la ley alemana del 67 sino varios pasos más atrás. La nueva normativa supone en este aspecto tan solo un paso adelante, enormemente cauto.

De acuerdo con Pérez-Moneo Agapito, se entiende que el desarrollo legal del art. 6 es la opción más adecuada para la contención de la deriva oligárquica en que han incurrido los partidos, máxime si se considera que no introduce desigualdades competitivas entre ellos. La ausencia de un marco legislativo adecuadamente eficiente coloca en manos de los partidos la responsabilidad de adecuar sus estructuras y funcionamiento internos a cánones reconocidamente democráticos. Una realidad que provoca el que, cuestiones capitales para los procesos democráticos continúen al margen de cualquier reflexión pública. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 116)

Sobre la base del escepticismo doctrinal, el siguiente apartado se dedicará a comprobar el grado de cumplimiento del aserto del Preámbulo de la LOPP sobre democracia interna. Ya puede adelantarse que el marco normativo actual es el fruto de las reglas herederas y la jurisprudencia del TC sobre las mismas. Unas y otras no constituyen un régimen jurídico digno del mandato del art. 6 CE.

#### **5.4.2 La organización y funcionamiento interno democrático: el art. 7 LOPP.**

La concreción normativa del mandato constitucional de democracia interna se encuentra en los artículos 7 y 8 LOPP. El objetivo general que la regulación legal ha de perseguir es servir de cauce en la compleja aspiración de que la formación de la

voluntad política intrapartidaria se produzca «de abajo a arriba». Cualquier análisis del grado de consecución de este ideal ha de tomar en consideración la construcción jurisprudencial que de la democracia interna ha venido haciendo el Tribunal Constitucional, principalmente en la Sentencia 56/95. El TC insiste en que los derechos de los afiliados son derechos de configuración legal, siendo dos los principios orientadores de la labor normativa del legislador: a) La existencia de «un muy amplio margen de libertad de configuración» de que dispone el propio legislador y; b) La existencia de diversos modelos de concreción del principio de democracia interna.

En el desarrollo normativo del principio constitucional de democracia interna se pone de manifiesto, en mayor medida que en ningún otro aspecto del Derecho de Partidos, la irreductible tensión entre la función limitadora del poder que el Derecho tiene y la resistencia de los partidos a aplicarse este principio en su interior<sup>919</sup>. La aspiración democrática de limitar y controlar el ejercicio del poder en el interior de los partidos, favoreciendo el pluralismo interno y los derechos fundamentales de participación de los afiliados, se encuentra con un elemento distorsivo añadido: la identidad entre hacedores y destinatarios de la ley, los partidos políticos<sup>920</sup>.

La configuración legal de la que habla el TC coloca en manos del Parlamento la extensión de un derecho que se impone frente al mismo<sup>921</sup>. Estos derechos deben tener un contenido mínimo susceptible de ser invocado inclusive frente al legislador, exigiéndole su concreción so pena de incurrir en omisión de sus responsabilidades y condenando tales derechos a un plano poco más que semántico. Esta afirmación adquiere especial relevancia por determinar el nivel de protección jurisdiccional de que van a disponer tales derechos. De ser derechos legales, disponen de un nivel de garantía máximo, una circunstancia que no se da al tratarse de derechos estatutarios, con un nivel de protección menor al considerarse una intromisión en la esfera de intervención del

---

<sup>919</sup> En sentido similar, cf. Fernández Vivas, 2013, p. 464; Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 85

<sup>920</sup> “En la práctica, no son pocos los que consideran que la exigencia de democracia interna en los partidos no es más que una retórica declaración de principios, sin necesidad de que se articulen medidas legales para garantizar su cumplimiento. Otros estiman que, al fin y al cabo, los partidos son organizaciones privadas que deben contar con libertad suficiente para hacer frente a los cambios trepidantes de una sociedad moderna. Pero lo más evidente es que tendrán que ser los propios partidos los que aprueben las normas jurídicas que les afectan. Y la experiencia nos ha enseñado igualmente que, en tanto una persona goce del estatus de dirigente, no estará interesada en que exista democracia interna; en cambio, cuando pasa a ser miembro de la oposición interna o militante de base, el respeto a los Estatutos democráticos del partido será lo primero que reclame”. (SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 531). En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p.122.

<sup>921</sup> *Vid.* STC 56/95, F.J.3.d).

Poder Judicial en los conflictos internos del partido. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 89)

Siendo este el marco teórico, puede afirmarse que la regulación normativa de la LOPP relega a un segundo plano el principio de *legitimación ascendente en el origen y ejercicio del poder*<sup>922</sup>. El legislador, en el uso de la libertad de configuración de que dispone, ha optado por primar la «libertad del partido frente al Estado» en vez de la «libertad en el partido». Éste podría haber mostrado mayor proactividad para mejorar, *ope legis*, el persistente déficit democrático de los partidos. Una regulación legal más detallada ofrece, como se ha puesto de manifiesto en el párrafo precedente, mayor seguridad jurídica para afiliados y partidos. Allí donde no exista serán los jueces, con las limitaciones que luego se analizarán, los que han de resolver los conflictos internos en la interpretación del mandato del art. 6 CE.

Al legislador no le corresponde agotar el mandato de democracia interna. Tal actitud sería inconstitucional al imponer una determinada concreción del principio democrático a los partidos. Partiendo de este límite irresistible – la libertad del partido para concretar el mandato del art.6 *in fine* –, no es menos cierto que aquél se ha mostrado excesivamente conservador. Se precisa una regulación jurídica que, de forma compatible con la necesaria autolimitación normativa promocióne el pluralismo interno y los derechos de participación de los militantes. (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 1997, p. 352)

La timorata actitud del legislador le ha valido el reproche común de una doctrina que, en términos más o menos explícitos, ha calificado el texto de la ley como un escueto avance en materia de democracia interna<sup>923</sup>. El grado de déficit democrático que los partidos vienen experimentando en su funcionamiento interno desde la reinstauración de la democracia en España debería haber sido argumento suficiente para forzar al legislador a adoptar una actitud más decidida. Nadie duda que un grado

---

<sup>922</sup>“El principio democrático general plasmado en la CE ha de hacerse efectivo en el seno de los partidos. De no ser así, todo el sistema democrático se viciaría. El déficit democrático de las organizaciones partidarias contaminaría de forma preocupante la generalidad del sistema político. Se sabe que los partidos son asociaciones privadas, pero cuidado, cumplen una función pública, de manera que se convierten en los interlocutores constitucionalizados entre la sociedad y el Estado, lo que explica el mandato constitucional explícito del art. 6.” (SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 532)

<sup>923</sup> En este sentido, cf. Tajadura Tejada, 2004; Corcuera Atienza *et al*, 2008; Virgala Foruria, 2008; Martín de la Vega, 2004; Sánchez Herrera, 2006; Echarri Casi, 2003, etc.

mínimo de concentración del poder es necesario para la subsistencia misma del partido que, en definitiva, debe tomar múltiples decisiones de cuya eficacia y rapidez depende su propia subsistencia. Sin embargo, el error radica en hacer de la eficacia el único pilar funcional del partido, relegando al ostracismo la democracia interna. La eficacia no puede servir de pretexto para el atropello de procedimientos democráticos y derechos constitucionales de los afiliados. Por extensión, las decisiones democráticas cuentan con un plus de legitimidad de origen. (SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 530).

Especialmente contundente se muestra Salazar Benítez. La aplicación rigurosa del art. 9.2 de la LOPP, que afirma que «Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos», supondría la ilegalización de la gran mayoría, si no todas, de las fuerzas políticas del país. (SALAZAR BENÍTEZ, 2006, p. 139)

La exigencia de una mediación legal incondicionada en la delimitación constitucional del derecho de participación en los partidos es una restricción ilegítima en el necesario ámbito de libertad que todo partido debe tener. Es igualmente contraria a la necesaria apertura del proceso político a nuevos partidos, sobre todo a aquéllos de carácter reformador. Una regulación excesivamente conservadora conduce a un reforzamiento del poder del partido. En tal caso, son los derechos de los afiliados los que se ven desproporcionadamente perjudicados. (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 1997, p. 360)

El artículo 7, bajo el título “Organización y funcionamiento”, presenta una estructura dividida en cuatro apartados. El apartado 1º se limita simplemente a reproducir el mandato constitucional de estructura y funcionamiento interno democráticos<sup>924</sup>.

El apartado 2º define la estructura organizacional general que han de seguir los partidos. La Asamblea general es el órgano superior de gobierno del partido y de representación del conjunto de la militancia<sup>925</sup>. A ella le corresponde la adopción de los

---

<sup>924</sup> Art. 7.1 LOPP. 1. La estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos deberán ser democráticos.

<sup>925</sup> Sobre la relevancia funcional de la Asamblea General, Presno Linera (2000b, p. 109) afirma: “Las asambleas generales de los partidos tienen una gran relevancia tanto desde una perspectiva democrática interna como respecto a la proyección de la entidad política hacia la sociedad en que se inserta. En tanto sirvan para conocer, de manera directa o a través de intermediarios, las opiniones de los militantes de la

*acuerdos más relevantes* del partido, incluyendo el de su disolución<sup>926</sup>. El legislador orgánico ha dejado en manos de la organización la elección del modelo asambleario, directo o por medio de compromisarios. Una libertad de configuración que, siendo lícita y obedeciendo seguramente a criterios de eficiencia organizativa, tiene consecuencias negativas en la profundización de las prácticas democráticas.

La adecuada configuración de este órgano es esencial para la existencia de democracia interna. Es a través de ella que los partidos han de organizarse y funcionar internamente, permitiendo la intervención de los afiliados en la gestión y control de los órganos de dirección. Ello posibilita la implicación de todos los miembros del partidos en tales procesos, otorgando eficacia material a derechos tan elementales como el de reunión y libertad de expresión. (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, p. 479)

La lectura de los Estatutos de las principales fuerzas políticas con peso específico en la política española confirma que la gran mayoría de los partidos españoles se estructura en base a Congresos de compromisarios, excepción hecha de ERC, que incluye a toda su militancia<sup>927</sup>. Esta configuración, lógica debido a la masa de afiliados y la estructura territorial de los partidos, ha posibilitado prácticas continuadas y escasamente democráticas en el interior de los partidos, como censos artificialmente hinchados, una escasa participación de la militancia y un férreo control por el aparato<sup>928</sup>

---

organización, los congresos constituyen la expresión máxima del funcionamiento democrático del partido, si bien es cierto que esta exigencia impuesta por el texto constitucional a los partidos no se ve satisfecha con la consulta a los afiliados cada cierto tiempo, sino que ha de reflejarse también en el desenvolvimiento cotidiano del partido y la vinculación de la actividad de los órganos de dirección a la voluntad manifestada por dichos afiliados”.

<sup>926</sup> Art. 7.2 LOPP. Sin perjuicio de su capacidad organizativa interna, los partidos deberán tener una asamblea general del conjunto de sus miembros, que podrán actuar directamente o por medio de compromisarios, y a la que corresponderá, en todo caso, en cuanto órgano superior de gobierno del partido, la adopción de los acuerdos más importantes del mismo, incluida su disolución.

<sup>927</sup> En relación a las distintas posibilidades de organización de la Asamblea, Flores Giménez (1998, p. 123) afirma: “[...] los miembros del partido pueden actuar en la Asamblea directamente o por medio de compromisarios. La primera posibilidad es, al menos en los ámbitos territoriales más grandes, impracticable, pues, si bien el número de miembros que componen los partidos herederos del partido de masas no es, porcentualmente al número de votantes, muy elevado, aun así es físicamente imposible reunirlos físicamente y llevar a cabo la Asamblea con un mínimo de orden. Otra cosa es que se prevea la posibilidad de que toda la afiliación vote la aprobación de la gestión, o elija al o a los dirigentes del partido”.

<sup>928</sup> “[...] la selección democrática de compromisarios rara vez existe. Las agrupaciones de base suelen estar formalmente constituidas por un número de afiliados mucho más elevado al que su realidad cotidiana demuestra (en reuniones, charlas o movilizaciones); a ello contribuye el fenómeno de los «censos inflados». Así, los delegados de agrupación local que van a un congreso comarcal (o, por extensión, de los demás niveles) son, en muchos casos, «representantes de sí mismos», más que de un barrio o distrito. [...]. La falta de interés, de formación y cultura política de muchos afiliados, unidas a la

(VIRGALA FORURIA, 2008, p. 25). Una solución adecuada para frenar la desmedida influencia del «aparato del partido» en la Asamblea General podría ser limitar el derecho de voto de los miembros de la misma.

En cuanto a la técnica del art.7.2 LOPP, se echa en falta una mayor concreción en el contenido de la expresión “acuerdos más importantes”. La redacción actual únicamente menciona el de disolución. La LOPP debería haber otorgado a la Asamblea General la competencia de reforma de los estatutos y normas complementarias. Hoy día, los Congresos no son precisamente un ejemplo de funcionamiento democrático, perdiendo por completo la función de determinación de la línea política del partido y dejando de ser quienes crean su dirección (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 141). Favorecer las competencias asamblearias redundaría en una mayor legitimidad democrática, restaría funciones a las ya de por sí poderosas Comisiones ejecutivas y, en último término, fomentaría la participación de los afiliados en la concreción y aprobación de las normas de organización y funcionamiento del partido.

Igualmente beneficioso para la democratización del partido hubiera sido la regulación en la LOPP de la periodicidad mínima con que ha de celebrar su Congreso, evitando tentaciones dilatorias extremas y de forma compatible con la libertad de autoorganización. La indefinición del marco actual parece contraria a la CE. El dejar la convocatoria del Congreso al libre albedrío de los líderes convierte al partido en una organización no democrática. La renovación de los cargos no puede depender de la voluntad de quienes disponer del poder de convocatoria de los órganos de dirección. Paralelamente, despoja al Congreso de su condición de órgano supremo al hacer depender su convocatoria de aquéllos a quien en teoría ha de controlar. (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 127; OTTO, 1985, p. 63; PRESNO LINERA, 2000b, p.122)

La convocatoria regular de la Asamblea General es una exigencia lógica del principio de democracia interna. En ella se renuevan los cargos de dirección del partido y se rinden cuentas a los afiliados de la gestión y situación financiera desde la anterior convocatoria, es decir, se materializan postulados elementales de la democracia intrapartidista. La temporalidad en su convocatoria debe buscar el equilibrio entre la *accountability* y la libertad de actuación que la cúpula directiva ha de tener en el

---

información e intereses personales que poseen los dirigentes de los órganos de base, deja sin efecto democrático un proceso que, sobre el papel, lo es”. (FLORES GIMÉNEZ, 1998, pp. 131-2)

desarrollo de su programa de acción política. Con ello se evitan situaciones de “filibusterismo” interno. (FERNÁNDEZ VIVAS, 2013, p. 481; FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 126)

Una solución plausible es establecer una frecuencia de celebración del Congreso similar a la de la renovación de los órganos representativos del Estado, es decir, 4 años. (PRESNO LINERA, 2000b, p. 115). Por último, la ley debería haber regulado, en el caso de no contar con primarias, la designación por el Congreso de los principales miembros de la ejecutiva del partido, *v.g.* el Presidente, Secretario General, Tesorero, etc (VIRGALA FORURIA, 2008, pp. 25-6).

El art. 7.3 LOPP se refiere a la conformación de los «demás órganos directivos», competencia estatutaria sometida al sufragio libre y secreto en su elección compositiva. Descontando la obviedad de la libertad de sufragio, el voto secreto es una garantía lógica del principio democrático en el seno de los partidos. Una mayor libertad e independencia del afiliado contribuye a minimizar posibles presiones y discriminaciones futuras que puedan influenciar el voto. La regulación de este apartado adolece de mayor concreción técnica al no prever ni la existencia obligatoria de un órgano ejecutivo ni la limitación de su poder. Nada se dice tampoco de la limitación de mandatos para los órganos de carácter unipersonal. En definitiva, parece olvidar que un principio elemental de la democracia es que no solo exige la elección democrática de sus líderes, sino la renovación o sustitución periódica de los mandatos. (FLORES GIMÉNEZ, 1998, pp. 152-3; VIRGALA FORURIA, 2008, p. 26)

Punto y aparte merece el procedimiento de selección de los dirigentes, pues representa el ejercicio del poder en el partido y la línea ideológica dominante en un periodo temporal sensiblemente largo. Este es sin duda uno de los problemas elementales de las organizaciones partidarias, cuya adecuada regulación aporta indudables beneficios para el conjunto del sistema democrático<sup>929</sup>. El *status quo* en materia de elección de los dirigentes internos no es el propio de unos partidos reconocidamente democráticos.

---

<sup>929</sup> “El problema central para las grandes agrupaciones sociales radica en que la voluntad de los grupos directivos debe hacerse coincidir siempre con la opinión de los miembros y la selección de los funcionarios y de los niveles superiores de mando debe estar abierta a la influencia de abajo a arriba a través de la activación democrática de los miembros. En una organización democrática fluida, tanto la plana mayor de mando como el aparato director deben estar abiertos hacia abajo”. (STAMMER, 1980, p. 285)

La práctica habitual, claramente conocida por todos, viene siendo la marginación del afiliado en el procedimiento de selección de los dirigentes. La gran mayoría de los Estatutos de las organizaciones partidarias regulan esta cuestión de manera superficial e interesadamente vaga<sup>930</sup>. El modelo es el siguiente: las bases elijen al aparato y éste a los candidatos. Las nominaciones suelen responder a intereses partidistas y personales y a complejos equilibrios entre las diversas “familias” o grupos de presión. La elección de los dirigentes suele estar fuertemente centralizada, primando criterios de confianza y lealtad a la cúpula directiva con el objeto de crear una fuerte dependencia del candidato electo hacia el aparato del partido. (SALÁZAR BENITEZ, 2006, pp. 138-9; SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 543)

Siendo éste el estado de la cuestión, llama la atención el persistente silencio legislativo reproducido en la LOPP. La condición de los partidos como canalizadores privilegiados de la participación política justifica un ámbito de intervención del Estado en aras a garantizar la participación del afiliado en los procesos electivos, tanto en su vertiente activa cuanto pasiva. No es el único argumento a favor del intervencionismo estatal en la selección de candidatos. La configuración de nuestro sistema electoral, de listas cerradas y bloqueadas, reduce el derecho fundamental de sufragio activo a un mero “voto de opción”. Los ciudadanos tan solo pueden votar por una lista cuya confección les es totalmente ajena. La persistencia de este sistema de listas debería haber sido motivo más que suficiente para la imposición legal de un procedimiento verdaderamente electivo de los dirigentes. La situación, sin embargo, continúa siendo la

---

<sup>930</sup> Los Estatutos del Partido Popular reconocen, en su art. 6g), el derecho de los afiliados a “Ser seleccionado para formar parte de las candidaturas que el Partido presente en los diferentes procesos electorales, en función de los requisitos de capacidad exigidos para los mismos”. La selección, que no elección, es prerrogativa de los comités electorales, cuyos miembros son elegidos por el Comité Ejecutivo del Partido. Los comités electorales se organizan de acuerdo al principio jerárquico, de forma que en última instancia la designación de los candidatos depende del Comité Electoral Nacional. Resulta evidente la dirección del proceso por la cúpula del partido y la nula participación de los afiliados. Este entendimiento del proceso de selección de los candidatos se repite, con matices, en los Estatutos de IU, que, aunque resultan moderadamente más sensibles a la participación del afiliado, hacen depender la aprobación final de las listas electorales por el Consejo Político Federal. El PSOE, por su parte, cuenta con el mecanismo de primarias en sus Estatutos para la elección de candidatos a la presidencia de los ámbitos estatal, autonómico y local. No obstante, las restricciones estatutarias a que las primarias son sometidas – órgano legitimado para la convocatoria, elevado quórum para la solicitud de los afiliados, exclusión de los simpatizantes – así como el art. 49.3 de los Estatutos, que prevé la posibilidad de suspensión de las primarias por el Comité Federal de Listas “cuando las circunstancias políticas lo aconsejen o el interés del partido lo exija” añade demasiadas incertidumbres a la funcionalidad real del saludable mecanismo de primarias. Respecto de la selección del resto de los candidatos, las bases no participan del proceso, en manos de los órganos directivos del partido en sus diferentes organizaciones territoriales y dependientes de ratificación por el Comité Federal”.



contraria. Tanto el sistema de listas electorales cuanto el silencio legislativo en materia de selección interna de dirigentes reducen el contenido real del derecho de participación política *del ciudadano y del afiliado* a mínimos difícilmente sostenibles en un modelo constitucional que aspira a ser una «democracia avanzada»<sup>931</sup>. (BENÍTEZ SALAZAR, 2006, p. 145)

Tras la aprobación de la LOPP, continúan siendo los estatutos los que libremente designan el proceso de selección mediante el sufragio indelegable de compromisarios o bien por el sistema de primarias<sup>932</sup>. La elección de uno u otro medio es prerrogativa del partido. Únicamente debería fijarse *ex ante* la duración del mandato, cumplido el cual procederá la convocatoria de las elecciones. Esta limitación temporal persigue favorecer la renovación de las élites dirigentes, evitando la consolidación de oligarquías “propietarias” del poder de decidir que estimulen el ya preocupante alejamiento de las bases de los procesos participativos y decisorios. (NAVARRO MÉNDEZ, 2009, p. 241; VIRGALA FORURIA, 2008, pp.26-7;)

El artículo 7.4 LOPP regula determinados derechos de que disponen los afiliados en los órganos colegiados: a) De información de los acuerdos a tomar por los órganos colegiados; b) De expresión de las propias ideas y contraste de pareceres en los debates previos y; c) La regla procesal de la mayoría como garantía de la válida adopción de acuerdos. Sobre este punto volveremos más adelante.

---

<sup>931</sup>“Si la relación representativa se produce entre los representantes elegidos y los electores, lo lógico es que sean los militantes (electores) los que designen a los candidatos del partido (futuros representantes elegidos). De ser solo la dirección la que participe en el proceso, se habrá incurrido en un sistema de cooptación entre iguales, que refuerza la tendencia oligárquica del partido y se habrá hurtado a la base participar en un aspecto central de la democracia interna. En consecuencia, los representantes elegidos por este sistema terminarán defendiendo sus propios intereses elitistas en detrimento de los intereses populares, en perjuicio del titular de la soberanía: el pueblo”. (SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 543)

<sup>932</sup> Sobre las luces y sombras de las primarias, Virgala Foruria (2008, pp. 27-8) afirma: “Hay que tener en cuenta que en sistemas parlamentarios como el español, la elección directa de los máximos dirigentes del partido mediante primarias supondría «una medida de funcionamiento interno partidista susceptible de favorecer la democratización del proceso de selección de la oferta electoral», ya que o se elegiría al candidato a la presidencia del gobierno o al líder del partido que actuaría de candidato a la presidencia. En ambos supuestos, las primarias pueden quebrar las prácticas oligárquicas y, con ello, hacer más transparentes a los partidos. Es cierto que las primarias pueden estimular el fraccionalismo, al favorecer y publicitar las divisiones internas, pero creo que ese riesgo se produce siempre en el momento en que en un partido, normalmente revelando una crisis, surgen diferentes candidatos a la máxima responsabilidad, dando igual que la elección se resuelva en un Congreso o en unas primarias”. Un análisis detallado del mecanismo de las primarias puede verse en Navarro Méndez (1999, pp. 457-473) y Blanco Valdés (2001, pp. 85-112).

El artículo 7.5 LOPP obliga a los Estatutos del partido a contar con «procedimientos de control democrático de los dirigentes elegidos». Estamos ante el punto de redacción técnica más incompleto de cuantos componen el artículo 7º. La prestación de cuentas de los dirigentes es garantía esencial en favor de los afiliados y factor primario en favor de la democracia interna<sup>933</sup>. El control de los dirigentes contribuye a evitar la profesionalización y burocratización de los aparatos del partido; favorece la renovación temporal y democrática de los mismos; fomenta el pluralismo decisorio y evita el monolitismo dirigente. En definitiva se trata, como afirma Navarro Méndez (1999, p. 92) “[...] de evitar el alejamiento de la realidad por parte de dichos «aparatos», fenómeno este común dentro de cualquier tipo de organización de poder y del que no escapan los partidos políticos”.

En una decisión cuanto menos extraña, la LOPP no menciona medidas de control democrático tan lógicas como la periodicidad máxima en la renovación de los órganos ejecutivos del partido; la posible limitación de mandatos; la implantación de primarias en la elección de los dirigentes o el establecimiento de determinadas incompatibilidades entre cargos orgánicos y públicos<sup>934</sup>. Este conjunto de medidas pretende evitar la perpetuación en los cargos, su acumulación en los diferentes niveles orgánicos y reforzar su compatibilidad con las labores de representación. *Ítem* más: la condición de representante público debería ser incompatible con el desempeño de cualquier cargo orgánico en el interior del partido<sup>935</sup>. Este conjunto de medidas, no cabe duda, contribuiría a reducir la profesionalización de la política y favorecería la renovación de las élites. No se trata de demonizar sin más a los políticos profesionales quienes, en cierta medida, pueden adquirir un grado de experiencia y peso político específico que les ayude a ganar independencia respecto del aparato del partido. Es el desempeño de la actividad y en el autocontrol o el ejercicio de la responsabilidad institucional donde se manifiestan los fracasos. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 145)

---

<sup>933</sup> “Para que se pueda hablar de democracia interna, es necesario que los cargos de dirección tengan carácter electivo, que las elecciones se celebren periódicamente y que sean de verdad libres. De esta manera se comienzan a restringir las tendencias oligárquicas observadas, asegurando la renovación de las élites”. (SÁNCHEZ HERRERA, 2006, p. 538)

<sup>934</sup> En sentido similar, cf. Sánchez Herrera, 2006, pp. 532-3. Un análisis detallado del mecanismo de primarias puede consultarse en Pérez-Moneo Agapito, 2012, pp. 259-306.

<sup>935</sup> En sentido análogo, cf. Sánchez Herrera, 2006, pp. 539.

Tampoco se refiere el cuerpo de la ley a la posible revocación de la cúpula dirigente por la militancia. En este sentido resulta sugerente la posible revocación de los dirigentes propuesta por Navarro Méndez a través de un instituto con garantías procedimentales similar a la moción de censura del art. 113 CE. El procedimiento de sustitución de la cúpula dirigente se iniciaría mediante la petición de un porcentaje mínimo de afiliados (el 10% marcado por el apartado 2º del art. 113 CE). En el escrito de moción se incluiría la presentación de candidaturas alternativas. Inmediatamente, se abriría un proceso electoral interno para la votación de la moción y la aprobación de la candidatura alternativa. Ha de solicitarse, al igual que en el caso de la moción de censura constructiva, una mayoría reforzada reunida en Asamblea General extraordinaria. La estabilidad interna, al igual que la parlamentaria, se protegería mediante el establecimiento de un plazo de carencia en el supuesto de no prosperar la moción. (NAVARRO MENDEZ, 1999, pp. 92-3; SÁNCHEZ HERRERA, 2006, pp. 532-3)

El análisis del contenido del art. 7 LOPP evidencia la persistencia de demasiadas inconcreciones. Supone un mínimo avance en relación a la extrema parquedad de la regulación anterior. Sin embargo, no puede sostenerse seriamente que establezca un régimen jurídico consistente en materia de democracia interna. El respeto a la libertad organizativa de los partidos no debe conducir a su *sacralización*. Ello provoca la propensión del partido y sus afiliados a quedar en manos de sus dirigentes. A nadie escapa la versatilidad de las presiones a que son sometidos los afiliados y el abuso que los dirigentes hacen del principio de disciplina del partido.

Esta innegable realidad dificulta en mayor medida entender la insuficiente regulación sobre la definición de contenidos y convocatoria de la Asamblea; la ausencia de normas tendentes a la limitación del poder y mandatos en el seno del partido y, sobre todo, la indefinición de procedimientos de control interno de los dirigentes. Tales ausencias contradicen abiertamente el principio elemental en democracia de limitación y control del poder político<sup>936</sup>. La trascendencia de tales medidas, con incidencia directa

---

<sup>936</sup> En este sentido, Sánchez de Vega García (1997, pp. 320-1) afirma: “La democracia, cualquiera que sea el ámbito en el que se practique, constituye el correctivo más eficaz frente al comportamiento natural – según la conocida expresión de Lord Acton – de cuantos detentan el poder. Precisamente porque el poder es, por propia naturaleza, expansivo y tiende a la concentración, las medidas preventivas de democracia interna están plenamente justificadas. Puede afirmarse, entonces, que la aplicación del principio democrático en el interior de los partidos no está en contradicción con las tendencias oligárquicas que

en la materialización del mandato constitucional art. 6 CE, justifica la intervención restrictiva del legislador. La dificultad práctica de esta tarea, de la que somos conscientes, no debe servir para rehuir o dilatar *ab aeternum* una regulación más completa, detallada y garantista de la posición del afiliado en el partido. Como afirma Vega (1997, p. 321), “Precisamente, la democracia interna legitima la función de los partidos porque encauza democráticamente la dialéctica entre interés individual e interés colectivo”.

Los múltiples matices con que el poder se manifiesta en la práctica exceden cualquier previsión normativa, por extensa que sea. Si bien es cierto que la natural resistencia de los partidos a la autolimitación normativa pone de manifiesto la limitada eficacia de las normas jurídicas reguladoras del ejercicio y control del poder, no es menos verídico que al Derecho le compete juridificar unas mínimas exigencias de democratización interna de los partidos que, cuanto menos, reflejen la voluntad sincera del legislador de utilizar la ley para poner freno a su oligarquización. La «dosis» jurídica, en expresión de Vega, de democracia interna exigida vía LOPP a los partidos sigue siendo claramente insuficiente<sup>937</sup>.

Debe advertirse que la ley de por sí no es la solución a todos los males de la periclitación del interior de los partidos. Pero no es menos cierto, y no es un logro menor, que reforzaría la legitimidad de aquellos partidos que adecuaran sus Estatutos a las prescripciones legales. Su reforma contribuirá a racionalizar y promocionar la dialéctica y la libertad del individuo dentro de los partidos. Los procesos participativos se harán más democráticos y la representatividad de la organización como un todo se consolidará al reconducir la deriva oligárquica en que se hallan ensimismados. Servirá, al propio tiempo, como cauce en la determinación de la libertad de autoorganización que los partidos han de tener. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, pp. 120-1)

---

suelen manifestarse en las luchas por el poder en el seno de los partidos, porque precisamente sirve para encauzar democráticamente dichas disputas innatas al fenómeno del poder. De esta suerte, porque en el Estado democrático de Derecho los partidos son el instrumento que consiente al ciudadano concurrir a determinar el proceso de formación de la voluntad política, la exigencia de democracia interna en los partidos no solo es una necesidad política, sino también un coherente respeto al sistema democrático desde el interior de los partidos”.

<sup>937</sup> Cf. Sánchez de Vega García, 1997, p. 325

### 5.4.3 El estatuto del afiliado: los derechos de participación del art. 8 LOPP.

El artículo 8 LOPP, bajo la rúbrica “Derechos y deberes de los afiliados”, sirve al propósito de regular un conjunto legal «mínimo» de derechos que todo partido ha de reconocer y garantizar a los afiliados. Ni que decir tiene, como ya afirmara el TC, que este es el núcleo central de la democracia interna<sup>938</sup>. La amplitud, concreción y garantías jurisdiccionales de los derechos de participación de los afiliados va a determinar el grado real de democracia interna en los partidos. La exigencia constitucional de democracia interna debe reflejarse, directamente y por imposición del propio art. 6 CE, en la vigencia real en el interior de los partidos de los derechos fundamentales que sustentan el Estado democrático en España, más allá de su reflejo desarrollo legal o estatutario (VIRGALA FORURIA, 2000, pp.84-5; 2008, p. 24). En este sentido ya anticipamos, de forma coincidente con la doctrina mayoritaria, que la LOPP ha supuesto un limitado avance en materia de derechos y, consecuentemente, en la profundización del principio de democracia interna<sup>939</sup>.

El artículo 8.1 LOPP se limita a enumerar los requisitos que se precisan para ser afiliado – ser persona física, tener la mayoría de edad y estar dotado de plena capacidad de obrar –, al tiempo que proclama la lógica igualdad de derechos y deberes entre todos los afiliados. El artículo 8.2 LOPP, de mayor enjundia, regula los diferentes derechos con que en todo caso ha de contar el afiliado. La letra a) reconoce el derecho de participación en las estructuras orgánicas y representativas del partido, a través del derecho de sufragio y la asistencia a la Asamblea, de acuerdo a los Estatutos; la letra b)

---

<sup>938</sup>La STC 56/95 (F.J.3) afirmó lo siguiente: “La democracia interna se plasma, pues, en la exigencia de que los partidos políticos rijan su organización y su funcionamiento internos mediante reglas que permitan la participación de los afiliados en la gestión y control de los órganos de gobierno y, en suma, y esto es lo aquí relevante, mediante el reconocimiento de unos derechos y atribuciones a los afiliados en orden a conseguir esa participación en la formación de la voluntad del partido. Puede afirmarse, en conclusión, que, por lo que aquí interesa, la exigencia constitucional de organización y funcionamiento democráticos no sólo encierra una carga impuesta a los partidos, sino que al mismo tiempo se traduce en un derecho o un conjunto de derechos subjetivos y de facultades atribuidos a los afiliados respecto o frente al propio partido, tendentes a asegurar su participación en la toma de las decisiones y en el control del funcionamiento interno de los mismos”. En sentido análogo, Herrero de Miñón (2002, p. 209) afirma: “Estos derechos [*derecho de información y derecho de participación política*] y otros fundamentales constituyen la médula de la democracia interna de los partidos, puesto que de ellos depende conseguir la participación de los afiliados en la formación de la voluntad del partido en cuestión, según declaró el propio Tribunal Constitucional en su muy importante Sentencia 56/1995 [FJ. 3.a)]”. Un análisis crítico del contenido de la Sentencia 56/95 puede verse en Gutiérrez Gutiérrez, 1997.

<sup>939</sup>Cf. Tajadura y Virgala, 2008, pp. 27-32; Iglesias Báñez, 2008, pp. 97-8; Sánchez Herrera, 2006, pp. 539 y ss; Echarri Casi, 2003.

reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo de los afiliados; la letra c) regula el derecho de información acerca de las decisiones y la actividad económica financiera del partido; la letra d) garantiza el derecho de impugnación de los acuerdos estimados contrario a la Ley o los estatutos, tanto en el ámbito interno como ante los Tribunales de justicia.

La participación ciudadana en la selección directa de los candidatos a los cargos públicos representativos hace de los procesos electivos internos un momento con especial repercusión en la vida política del país. Pero, ¿sorprendentemente?, y a pesar de la obviedad de esta afirmación, el legislador ha dejado escapar una nueva oportunidad de reforzar la participación del afiliado en los procesos electivos de los candidatos a cargos representativos del Estado. Ciudadanía y militantes tendrán que seguir asistiendo al espectáculo bufo de la deformación *ab initio* de la voluntad popular propiciado por las prácticas eminentemente cooptativas de los partidos<sup>940</sup>.

La preeminencia del derecho de autoorganización de los partidos debe verse limitado por la proyección del principio democrático en la conformación de las futuras listas electorales y el derecho fundamental de participación del que todo afiliado es titular. La selección de los órganos directivos y la confección de las listas electorales han de posibilitar la participación activa y directa de los afiliados, sea votando en la composición de los mismos, concurriendo directamente o proponiendo posibles candidatos a los cargos públicos representativos<sup>941</sup>. La elección democrática de unos y otros es un elemento imprescindible del proceso de legitimación democrática del poder<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> En este sentido, Satrustegui Gil-Delgado (1996, p. 81) afirma: “[...] la democracia interna de los partidos forma parte de una concepción mínima de la democracia. Una definición estructural o procedimental de la misma incluye necesariamente elementos como los derechos fundamentales, la separación de poderes y el pluripartidismo; y una componente indispensable de este último es la democracia interna de los partidos políticos. Sin ella, la competición partidista resulta, si no falseada, al menos vaciada de su eficacia representativa, porque su protagonista será una clase política excesivamente autónoma en su reclutamiento e intereses”.

<sup>941</sup> Sobre el contenido de este derecho, Navarro Méndez (1999, p. 88) afirma: “Se trata de una natural consecuencia del derecho de todos los afiliados a participar de forma directa en cualesquiera asuntos que afecten a la vida del partido. La posibilidad de presentar candidatos a órganos directores del partido, o para formar parte de las listas que se elaboren para las diferentes elecciones en las que aquél se presente, debe estar garantizada para todos los afiliados que tengan vocación de promocionarse de esta forma”.

<sup>942</sup> “Si debe la autoridad derivarse del pueblo y referirse en su ejercicio al pueblo, habida cuenta de que la influencia del pueblo se transmite esencialmente a través de los partidos, entonces solo en la medida en que los partidos permanezcan ligados a su base social puede desplegarse la democracia. Únicamente aquellos partidos que satisfagan en su estructura interna los parámetros democráticos pueden brindar tal

La trascendencia que este derecho tiene en el conjunto del sistema democrático debiera haber provocado una actitud regulatoria más incisiva del legislador orgánico. Debería haberse concretizado la implicación de los afiliados en la elección de los cargos directivos del partido; facilitado la creación de corrientes internas de opinión en los partidos y el fomento interno del pluralismo; ampliado la participación de las bases en los procedimientos electivos internos y de las listas electorales mediante la presentación de candidatos; limitado temporalmente la permanencia en los cargos públicos; y garantizado la independencia de actuación de los cargos electos frente al aparato del partido. Todas estas medidas de concreción legal forman parte del ámbito de actuación del legislador, sin por ello menoscabar desproporcionadamente la libertad organizativa de los partidos. (NAVARRO MÉNDEZ, 2009, pp. 239-40; OLIVER ARAUJO; CALAFELL FERRA, 2007, p. 18; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 140)

El derecho de información se presenta como elemento imprescindible de la adecuada formación de la voluntad política del partido. El afiliado ha de poder contar con una información plural, clara y verídica sobre las corrientes de opinión del partido y de actuación de sus dirigentes, de forma que pueda adscribirse libremente a una de ellas, defender sus posiciones y conformar, en su caso, una opinión crítica sobre el funcionamiento y actividad interna del partido. El contenido ideal del derecho a la información se ve afectado por las vicisitudes propias de la *real politik*. Los partidos son organizaciones orientadas a la eficiencia electoral. Para funcionar fluidamente deben adoptar determinadas decisiones a puerta cerrada. La cuestión estriba en delimitar qué deliberaciones y que acuerdos pueden ser secretos y que información, en todo caso, es de obligado conocimiento por los afiliados. La adecuada configuración de este derecho es tal que su desnaturalización total implicaría la imposibilidad de configurar correctamente el proceso democrático. Los afiliados han de poder contar con la posibilidad de disentir, criticar, apoyar y/o renovar la línea de actuación del partido y someter a los dirigentes a un mínimo control informado de su gestión<sup>943</sup>.

---

garantía. La gavilla de candidatos y el programa con el que se presentan en la carrera por la dirección del Estado democrático deben ser también resultado de un proceso democrático”. (GRIMM, 1996, p. 411)

<sup>943</sup>En sentido análogo, Navarro Méndez (1999, p. 89) afirma: “[...] un déficit de información provocaría la inoperancia de ciertas medidas también propuestas desde aquí, como el fomento de los institutos de democracia directa o la creación de una cultura cívica democrática interna, por no hablar de las consecuencias que tendría para una eventual exigencia de responsabilidad a los dirigentes por su mala gestión. Al no disponer de la información suficiente, el afiliado no podría desarrollar todas estas funciones de forma correcta, lo cual provocaría al final un consecuente déficit de democracia en el funcionamiento del partido”.

Para poder hablar de partidos democráticos se requiere que, junto a los derechos de participación, de información y de impugnación de los acuerdos sean regulados en sede legal otros «derechos primarios». Se ha visto como el legislador ha llevado a cabo una enumeración de mínimos manifiestamente mejorable (art. 8.2 LOPP). Resulta sorprendente el no reconocimiento legal del derecho a la libertad de expresión. No descubrimos nada nuevo si afirmamos que el derecho a la libertad de expresión es garantía elemental de la democracia interna<sup>944</sup>. El legislador ha preferido dejar su regulación en manos de los partidos, quienes generalmente lo recogen vía Estatutos y tan solo en el ámbito interno del partido<sup>945</sup>. La autonomía estatutaria de los partidos no ha de impedir la fijación legal de un contenido mínimo de los derechos aquí aludidos. Tampoco quedaría vulnerada la libertad estatutaria mediante la fijación a título dispositivo por la ley de un modelo estatutario típico (OLIVER ARAUJO; CALAFELL FERRÁ, 2007, p. 16). El objetivo es reducir el peligro de la sumisión total a la jerarquía del partido, no identificable con el necesario compromiso con unas ideas o programa (ABELLÁN, 1997, p. 293).

La libertad de expresión debería figurar en el cuerpo de la ley y ser garantizada tanto en su dimensión interna como externa<sup>946</sup>. La disciplina interna, aun teniendo su función de cohesión y unidad del partido y de identificación del electorado, ha de ceder ante el derecho fundamental de libertad de expresión en su condición de proyección material del mandato del art. 6 CE. Participar activamente en el proceso político requiere de la libre expresión del ideario político. Solo de esta forma pueden minimizarse posibles tendencias de ostracismo de las diferencias internas y

---

<sup>944</sup>En este sentido, Flores Giménez (1998, p. 205) afirma: “Si la voluntad popular se forma en los partidos y ellos mismos la manifiestan, si son instrumentos de participación, una de las libertades preferentes en su seno debe ser la de expresión, libertad íntimamente unida a la de información”.

<sup>945</sup> En este sentido, Martín Huertas (2009, p. 331) afirma: “Muy esclarecedor resulta ser el caso particular del derecho fundamental a la libertad de expresión tal y como se lleva a la práctica en el seno de una organización política. Si bien dicha libertad es indisociable de cualquier régimen que se precie democrático, y aunque todos los partidos reconocen este derecho básico en sus Estatutos, su ejercicio puede acabar en sanción e incluso en expulsión si el partido considera que un afiliado ha expresado públicamente una opinión que considere desleal o irresponsable, o si participa en iniciativas prohibidas por la dirección o por las resoluciones del congreso del partido”.

<sup>946</sup> En línea similar, Flores Giménez (1998, p. 209) afirma: “[...] debe defenderse el derecho que los afiliados tienen a gozar de la libertad de expresión dentro y fuera del partido. Sin ese derecho las posibilidades de la democracia interna quedan reducidas al mínimo, pues su ejercicio es un elemento imprescindible de la participación activa en el proceso político que se desarrolla en el mismo y que se muestra en el exterior. Los dirigentes de los partidos representan a todos los miembros, no solo a aquellos que están de acuerdo con sus políticas concretas; los comportamientos dirigidos a perpetuar indefinidamente una posición, enmudeciendo las opiniones de los disidentes, actúan contra el principio democrático”.



perpetuación en el poder de los dirigentes<sup>947</sup>. En ausencia de la libertad de expresión, como afirma Álvarez Conde (*Apud* TAJADURA; VIRGALA FORURIA, 2008, p. 50) “[...] se distorsiona la democracia en el partido y se refuerza indebidamente el poder de las élites que controlan la dirección, con una obvia repercusión en la acción mediadora que los partidos ejercen entre los ciudadanos y los poderes públicos y con repercusiones evidentes en la calidad democrática de las instituciones”.

Como cualquier libertad, la de expresión ha de estar sujeta a limitaciones, consecuencia de la inevitable fricción con otros valores y libertades dignos de reconocimiento jurídico. Los partidos son organizaciones eminentemente electorales orientadas a la eficacia organizativa en la búsqueda y conquista del poder. La difusión pública de opiniones contrarias a los «principios programáticos elementales» puede traducirse en perjuicios tangibles para el partido ante la proyección de una imagen de crisis, división e inestabilidades internas. De ahí que los partidos traten de controlar preventivamente tales perjuicios mediante la limitación estatutaria *ad extra* de la libertad de expresión. La cuestión estriba en determinar qué intereses son legítimos promover y cuando un perjuicio es esencialmente grave para los fines del partido.

Las posibles tensiones entre el valor libertad de expresión y la libertad de organización han de resolverse bajo la orientación de los principios de proporcionalidad, la interdicción de la arbitrariedad y el *favor libertatis*. El afiliado debe poder expresar libremente sus discrepancias con la gestión y línea ideológica de los órganos de gobierno en el poder. El límite a la libertad de expresión *ad extra* se encuentra en el necesario respeto de los militantes a los principios estructurales del partido libremente aceptados por el militante en el acto de afiliación. No cabe amparar bajo la libertad expresión aquellos actos y/o declaraciones del afiliado eminentemente contrarios al núcleo ideológico y programático del partido, cuya continua puesta en entredicho podría provocar una tensión interna extrema con unas repercusiones electorales impredecibles.

Dicho con otras palabras: el partido podrá exigir la lealtad al afiliado en la expresión de las contrariedades con las decisiones adoptadas que afecten a su núcleo funcional y pongan en entredicho su integridad y/o sus principios. Otra dimensión de la

---

<sup>947</sup> Como afirman Oliver Araujo y Calafell Ferrá (2007, p. 19): “Un partido que sancionara cualquier opinión no coincidente con la oficial o cualquier crítica a su actuación estaría muy cerca de una organización autoritaria”.

libertad de expresión es, como se puso de manifiesto anteriormente, la garantía de formación de corrientes internas dentro del partido como expresión del pluralismo vital que existe en las organizaciones partidistas. El límite a esta garantía lo constituiría la unidad de organización y la celebración de procedimientos electorales internos (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 211; PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 140).

Por último, el afiliado es titular del derecho a impugnar aquellos acuerdos contrarios a la Ley y los estatutos, tanto en sede interna (ante los órganos superiores del partido) cuanto en sede externa, ante los Tribunales de Justicia. Un derecho de contornos imprecisos que por su relevancia en materia de garantía de derechos demanda una atención particular.

Un argumento adicional acerca del reconocimiento *ex lege* de los derechos del afiliado es la obstinación de la jurisprudencia del TC en dispensar una protección jurisdiccional mínima a los derechos estatutarios en relación con la otorgada a los derechos legales<sup>948</sup>. Esta circunstancia refuerza la necesidad de contar con un conjunto de derechos reconocidos primariamente en la ley, evitándose posibles situaciones de indefensión del afiliado. Una de las principales objeciones a esta argumentación es la judicialización de la vida interna de los partidos, salvable de entenderse el recurso al Poder Judicial con carácter subsidiario a los mecanismos jurisdiccionales del partido. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 139)

#### 5.5. MECANISMOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS AFILIADOS EN LA LOPP: los procedimientos sancionatorios internos y la expulsión de los afiliados.

Es común afirmar entre la doctrina que un derecho vale tanto como el conjunto de garantías que lo componen. Un axioma que puede y debe trasladarse al ámbito de los partidos políticos, si bien teniendo en cuenta las especificidades del régimen jurídico de estas asociaciones. En el apartado precedente se ha afirmado la tibieza con que el legislador se ha empleado en el reconocimiento de un amplio elenco de derechos a los afiliados, de mecanismos de control y de rendición de cuentas frente a los órganos directivos. En la tensión dialéctica entre el intervencionismo legal y el ámbito de

---

<sup>948</sup> *Vid.*, entre otras, STC 218/1988; 96/1994; 56/1995, F.J.3d).

libertad organizativa que corresponde a los partidos la balanza se ha inclinado en favor del segundo principio. Una línea de actuación «propartidista» que el legislador reproduce en relación a las garantías procesales que han de rodear a los procedimientos disciplinarios internos. En este terreno, como en el de los derechos, se ha dejado pasar una nueva oportunidad de profundizar en la compleja cuestión de la democracia *intrapartidaria*.

La pertenencia a un partido político se produce mediante la afiliación, acto voluntario del solicitante sometido a la libre aceptación por los órganos correspondientes del partido (art. 1.2 LOPP). Este acto en apariencia secundario es ni más ni menos que la «puerta de entrada» al ejercicio real del derecho de participación del ciudadano en los asuntos públicos. La admisión o rechazo de la adscripción a un partido político es materia que debe satisfacer adecuadamente cierto equilibrio entre la libertad de autoorganización de los partidos y el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del art. 23 CE y el derecho fundamental de asociación del art. 22 CE.

En nuestro ordenamiento, no existe un derecho irrestricto del ciudadano a militar en el partido político que desee. Tanto el derecho de asociación como la libertad de autoorganización les otorga un indiscutido margen de libertad para decidir sobre la admisión o no de nuevos militantes. Los criterios generalmente establecidos para la admisión de nuevos afiliados suelen ser la afinidad ideológica general y de fines partidarios. Los partidos son asociaciones de marcado acento electoral con ideología y objetivos propios y cuya pervivencia en el “mercado de electores” precisa de un cierto grado de eficacia e independencia organizativa. Fines que para algunos justifican la relativización de la democracia interna en favor de la eficacia finalista de los partidos<sup>949</sup>.

La libertad de autoorganización de los partidos no es inmune a las limitaciones derivadas de otros derechos y bienes jurídicos dignos de protección constitucional. El derecho de asociación del art. 22 y el de participación política del art. 23.1 del que son titulares los ciudadanos, así como los principios de igualdad del art. 14 y democracia

---

<sup>949</sup> “Solo entre aquellos para quienes la función de los partidos es sobre todo un servicio a la formación del gobierno, midiéndose los méritos partidarios por su contribución a la estabilidad gubernamental, aparecen las tendencias a la oligarquía no como un defecto sino como condición funcional. Corresponde a las bases del partido entonces una función modesta y de disposición, llegando en ciertos casos a presentarse la democracia interna como peligro para el sistema en su conjunto”. (GRIMM, 1996, p. 412)

interna del art. 6 CE se configuran como límites objetivos de la libertad decisoria del partido en materia de afiliación. Como afirma Flores Giménez (1998, p. 166),

Parece poco razonable que siendo los partidos el principal cauce de expresión del electorado y teniendo los ciudadanos derecho a participar en la vida política, aquéllos [los partidos] puedan impedirselo sin motivación alguna. La falta de motivación, la decisión arbitraria, no puede esconder más que intereses particulares, contrarios al funcionamiento democrático del partido.

El procedimiento de admisión ha de ser resuelto por los órganos competentes del partido, sea en primera instancia o bien tras el recurso al efecto<sup>950</sup>. El rechazo firme a la solicitud de afiliación puede ser recurrida en sede judicial, si bien el margen de control de los órganos judiciales es escaso. En modo alguno podrán entrar a valorar el criterio político motivador del rechazo de la afiliación<sup>951</sup>. Tan solo la falta de proporcionalidad o directa arbitrariedad del fallo contraria a los bienes constitucionales arriba explicitados – principalmente el principio de igualdad del art. 14 CE – conduciría a la declaración de vulneración del derecho del solicitante.

La defensa en sede jurisdiccional del rechazo de una solicitud de afiliación encuentra oposición entre parte de la doctrina, concretamente en la figura de Jiménez Campo. Para el autor, el rechazo de una solicitud de afiliación no es susceptible de control judicial por dos razones: a) Por estar en juego la defensa de la propia identidad política del partido, parte del contenido esencial del derecho de asociación; y b) Por que no cabe afirmar la existencia de un derecho a asociarse a los partidos similar al configurado en el art. 2.1 b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (JIMÉNEZ CAMPO, 1994, p.44).

En nuestra opinión, y aún reconociendo el interés de dicha argumentación, se entiende que el derecho fundamental de asociación da cabida al recurso en amparo judicial de la resolución negativa de una solicitud de afiliación, con el límite anteriormente comentado de la imposibilidad de los jueces de calificar las decisiones de contenido político del partido. Un argumento adicional en favor del control judicial es la práctica de los partidos de dejar el proceso en manos de órganos exclusivamente políticos, sin participación alguna de Comisiones de Garantías. Una práctica que no favorece precisamente la objetividad del proceso (VIRGALA FORURIA, 2008, p.46).

<sup>950</sup> En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 132.

<sup>951</sup> En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p.134.

Admitido el ingreso del ciudadano en el partido, la adquisición de la condición de afiliado le otorga una serie de derechos y libertades y un elenco de deberes u obligaciones (art. 8 LOPP). El art. 8.4 LOPP enumera el *mínimum* que en materia de obligaciones debe cumplir todo afiliado y que podrá ser objeto de ampliación en los estatutos del partido. La primera de las obligaciones es de carácter ideológico. La afiliación impone al afiliado el compartir la línea ideológica y fines generales del partido y contribuir a su consecución<sup>952</sup>. La segunda de las obligaciones consiste en el cumplimiento de los estatutos y demás normas vigentes. El acto de afiliación, libre y voluntario, conlleva la sujeción del afiliado a los procedimientos organizativos y de actuación del partido, diseñados principalmente en los estatutos de forma mínimamente compatible con la participación y el conjunto de derechos que le corresponden al afiliado. El respeto de los acuerdos válidamente adoptados y la obligación de sostenimiento financiero del partido cierran el compendio mínimo de obligaciones establecidas en la LOPP. El ingreso en la asociación y el asumir el contenido de los Estatutos no ha de confundirse, empero, con la postergación de los derechos fundamentales de los socios, de forma que se garantice el acceso protector a las instituciones del Estado y evitando la impunidad de los órganos directivos del partido (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p. 126).

La obligación de observar y respetar los estatutos incluye la sujeción del afiliado a los procedimientos sancionatorios en ellos establecidos. La facultad de auto organización de que disponen las asociaciones del art. 22 CE incluye la existencia de una suerte de «derecho sancionatorio endoasociativo»<sup>953</sup>. El contar con procedimientos disciplinarios responde a la natural conflictividad que tiene lugar en cualquier organización de poder y que exige al partido contar con procedimientos internos de arbitraje mínimamente garantistas. Los partidos pueden, como manifestaciones *sui generis* del derecho de asociación, regular con amplios márgenes de libertad los comportamientos que a juicio de la masa social pueden ser objeto de reprobación y apertura de expediente disciplinario que, llegado el caso extremo, puede desembocar en la expulsión del afiliado. (NAVARRO MÉNDEZ, 2000, p. 271)

---

<sup>952</sup> En este sentido, Pérez-Moneo Agapito (2012, p. 126) afirma: “Se ha de partir de que el poder de los partidos sobre sus afiliados se deriva de la libre aceptación de sus estatutos”.

<sup>953</sup> En este sentido, *vid.* STC 185/93, FJ 4.

El punto de partida en materia sancionatoria es el principio general de «intervención mínima»<sup>954</sup>. Aun así, cabe la imposición de un mínimo obligacional a los partidos en la configuración estatutaria de los procedimientos disciplinarios. La justificación de la intervención estatal se fundamenta en evitar situaciones de indefensión del afiliado y la igualdad procesal de las partes implicadas en el procedimiento disciplinario. La democracia interna obliga a los partidos a respetar en el plano procedimental los derechos fundamentales procesales que al afiliado corresponden. La permanencia del afiliado en el partido, concebida jurisprudencialmente como un derecho, es presupuesto básico para el ejercicio de todos los demás. Cabe, en consecuencia, el control de la regularidad estatutaria por los órganos judiciales ordinarios frente a aquellos procedimientos disciplinarios que conculquen derechos fundamentales de los afiliados<sup>955</sup>.

La «fuente normativa» originaria de esas garantías procesales no es otra que los arts. 24.2º y 25.1 CE. En ellos se consagra un estatuto de garantías que han de estar presentes en los ámbitos sancionatorios penal y administrativo. Nada impide la aplicación analógica de los mismos a una organización que, por mandato constitucional, ha de organizarse de manera democrática<sup>956</sup>. La cuestión principal es, pues, determinar el grado de concreción que la LOPP ha otorgado a los principios y derechos fundamentales antedichos.

El art. 8.3 LOPP regula las garantías procesales con que han de contar las posibles sanciones que tengan lugar en la vida interna del partido, incluyendo la expulsión del afiliado. El «marco legal» de mínimos en que han de desarrollarse los procedimientos disciplinarios incluye el derecho a un procedimiento contradictorio; a ser informado de los hechos; a ser oído; a obtener una sentencia motivada y al recurso interno. En una primera lectura se aprecia como el legislador se ha hecho eco a medias

---

<sup>954</sup> *Vid.* STC 218/88, FJ 2.

<sup>955</sup> El TC (Sentencia 185/93, FJ.4) afirmó: “Es reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas y especialmente STC [218/1988](#)) que si bien la potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y procedimientos de expulsión de sus miembros, sin embargo esas decisiones están sometidas a un control de regularidad estatutaria por parte de los órganos judiciales, de forma que una expulsión adoptada en contra de los procedimientos y garantías que regulan los estatutos pueden ser objeto de control judicial por vulnerar eventualmente derechos fundamentales de los afectados”.

<sup>956</sup> En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 137.

de las reiteradas peticiones de la doctrina de trasladar al cuerpo de la LOPP las garantías procesales de los artículos 24 y 25 CE<sup>957</sup>.

Una regulación legal acorde al objetivo de la Exposición de Motivos de «fortalecer y mejorar el estatuto jurídico de los partidos con un régimen más perfilado, garantista y completo» debería haber sido más precisa en la concreción legal de los principios procesales de tipicidad, proporcionalidad, audiencia al interesado, motivación de la decisión sancionadora y la existencia de una segunda instancia revisora. La LOPP debería haber regulado la posible aportación por los afiliados de los medios de prueba pertinentes para su defensa, la garantía de la presunción de inocencia, la prohibición de la indefensión y la imparcialidad del órgano enjuiciador contra el que cabrá interponer recurso interno. (TAJADURA TEJADA, 2004, p. 76; VÍRGALA FORURIA, 2002, p. 246)

Las omisiones aquí puestas de manifiesto no agotan la inconcreción procesal del art. 8.3 LOPP. El cuerpo del artículo no aclara tampoco a qué órgano corresponde la imposición de las diferentes sanciones a los afiliados. El conocimiento de los expedientes disciplinarios debería haberse encomendado a un Tribunal o Comisión Arbitral intrapartidista con amplias competencias tanto en la fase de instrucción como de resolución de los expedientes. El procedimiento de designación de los integrantes debería ser competencia de las Asambleas de afiliados en función de la gravedad del expediente. La decisión adoptada por el órgano enjuiciador ha de ser susceptible de recurso ante el superior jerárquico, provocándose automáticamente la suspensión de la ejecución hasta la resolución del mismo. (NAVARRO MÉNDEZ, 2009, p. 248)

El silencio legal acerca del órgano instructor del expediente sancionador dificulta garantizar *ex ante* la independencia y objetividad de los miembros de dichos órganos. La consecución de este objetivo implica sancionar los siguientes extremos: a) El que la duración temporal de los mandatos sea superior al de los cargos directivos; b) La improcedencia de la revocación, salvo sustitución mediante causas tasadas y; c) La incompatibilidad absoluta del cargo con cualquier otra función directiva, dentro o fuera del partido<sup>958</sup>.

---

<sup>957</sup> En este sentido, cf. Iglesias Báez, 2008, p. 99; Vírgala Foruria 2000, p. 87.

<sup>958</sup> En sentido similar, cf. Fernández Vivas, 2013, p.484.

Otro tanto puede afirmarse a respecto de la fijación de las causas de las sanciones y las consecuencias que las mismas tendrán para el infractor. En este punto, de acuerdo al principio de legalidad en materia sancionadora del art. 25 CE<sup>959</sup>, el legislador orgánico no ha conminado al “legislador estatutario” a la definición de las causas de las sanciones y las consecuencias de las mismas. En todo caso, la definición estatutaria debe estar dotada de la suficiente concreción procesal con el propósito de evitar posibles ambigüedades favorecedoras de posibles depuraciones ideológicas contrarias a procedimientos mínimamente democráticos. (TAJADURA TEJADA, 2004, pp. 76-7; VÍRGALA FORURIA, 2002, p. 246)

Los principios y garantías procesales habrán de ser observados con mayor atención si cabe en el caso de la posible expulsión de un afiliado de un partido político. La adecuación de la expulsión del afiliado a las garantías procesales constitucionales es, como afirma Sánchez de Vega García (1992, p. 109) “[...] la garantía del cierre del estatuto jurídico del afiliado, pues asegura el presupuesto previo para el ejercicio de las demás garantías; es decir, la permanencia del individuo en el grupo”. Estas previsiones legislativas han sido objeto de una sólida jurisprudencia constitucional, garantizando al afiliado un auténtico «derecho de permanencia en el partido»<sup>960</sup>.

Los afiliados no pueden ser expulsados del partido sino de acuerdo a las causas y al procedimiento establecido en la propia ley y los estatutos. La obligación de respeto al procedimiento previsto en los estatutos en el supuesto de expulsión de los militantes forma parte del núcleo del derecho de asociación y, por tanto, goza de protección judicial. En la protección jurisdiccional de los derechos las garantías son diversas en función del tipo de derecho conculcado. Tratándose de aquellos derechos de participación democrática incluidos en el derecho de asociación, la garantía jurisdiccional es la propia de los derechos fundamentales<sup>961</sup>. En el caso de los derechos de rango estatutario o negocial, la protección en sede judicial de los mismos corresponde a los Tribunales ordinarios, salvo que su vulneración afectase a otros

---

<sup>959</sup> En este sentido, Iglesias Báñez (2008, p. 99) afirma: “A pesar de la bondad de estas reglas garantistas de nuevo nos encontramos con el capítulo de imprecisiones e insuficiencias legales. Así, no se establece el derecho a un procedimiento disciplinario predeterminado, cuyas líneas maestras debieran estar contenidas en la Ley de Partidos: el órgano competente para el establecimiento de las sanciones, y los principios de tipicidad en la infracción y sanción y de proporcionalidad”.

<sup>960</sup> *Vid.* STC 56/95, F.J. 3.

<sup>961</sup> *Vid.* STC 56/95, F.J. 3c). En sentido similar, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 158.



derechos<sup>962</sup>. La intensidad de actuación del Poder Judicial en este último caso se resiente al afectar de pleno al derecho de autoorganización de los partidos que, como se ha visto, otorga un ámbito de libertad frente a injerencias del poder público.

Dicho en otros términos: el control judicial debe compatibilizar el respeto a los derechos de carácter estatutario con los derechos de afiliación de los demás militantes y el de autoorganización de los partidos, que si disfrutan del rango de fundamentales. La afectación a otros derechos o el rango de los que se encuentren en disputa han de ser elementos centrales de la ponderación judicial. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012, p.158)

Los límites del control jurisdiccional de la expulsión han sido puestos de manifiesto por el TC en su Sentencia 56/95, FJ 4, al afirmar que

Atendiendo a los límites que impone, entre otros, el derecho de autoorganización de las asociaciones, este Tribunal ha tenido ocasión de afirmar que el control jurisdiccional de las expulsiones "no consiste en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión" (STC218/1988). El control jurisdiccional, menos intenso en los aspectos sustantivos que en los procedimentales, deberá ceñirse, pues, a determinar si la decisión carece de toda razonabilidad a la luz de las disposiciones legales y estatutarias aplicables.

En el terreno del control jurisdiccional del «derecho sancionatorio endoasociativo» ha de partirse de la incertidumbre doctrinal sobre la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en las relaciones entre afiliados y los órganos de dirección de los partidos. La realidad interna de los partidos es una dificultad adicional al necesario respeto a los preceptos constitucionales. Este extremo ha venido comprobándose a lo largo de la presente investigación. El Derecho objetivo tiene una dudosa capacidad de intervención en la limitación normativa de la esfera de actuación de los partidos políticos. Triste fenómeno que no se reproduce en el supuesto de ampliación de las esferas de poder de aquéllos. La duda es si tan solo cabrá reaccionar jurídicamente cuando la conculcación del ordenamiento tenga repercusión en la órbita penal o *iuspública* del Derecho societario. (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 292)

---

<sup>962</sup> Vid. STC 56/95, F.J. 3b) *in fine*. Vid. STC 155/93, relativa a la violación del derecho de acceso a los cargos públicos consecuencia de la ignorancia de los procedimientos y garantías de los Estatutos; STC 218/88, relativa al derecho de honor; STC 96/1994, relativa a derechos de contenido económico.

El primer control jurisdiccional es de carácter formal, según se desprende del contenido de la Sentencia 56/95 reproducido *ut supra*. El juez queda limitado en la valoración del supuesto sancionatorio a la verificación de si el partido ha respetado las formas establecidas en materia sancionatoria en los Estatutos. La determinación de las causas y conductas motivadoras de la apertura de un procedimiento de expulsión es prerrogativa del partido. Este principio general decae cuando las propias normas estatutarias sean contrarias a la Constitución y la ley. En este caso, el afiliado puede acudir a la jurisdicción ordinaria para someter al juez la valoración de la razonabilidad y adecuación de la decisión de los órganos sancionatorios. (NAVARRO MÉNDEZ, 1999, pp. 207-8; 2000, pp. 279-80; PÉREZ MONEO, 2012, p. 159)

La inexistencia de «base razonable» en la decisión de expulsión del afiliado es el segundo supuesto de intervención jurisdiccional<sup>963</sup>. El problema que aquí se plantea es de tipo material, es decir, discernir si concurren las circunstancias tipificadas en los Estatutos que justificarían la decisión de expulsión. Las dificultades inherentes a este proceso son evidentes, tanto con carácter general como en concreto. La subjetividad inherente a una decisión tomada unilateralmente por los miembros de un partido puede propiciar la violación de los derechos de los afiliados que, de estar exenta de control judicial, podría motivar la indefensión judicial. Igualmente, esta innegable facultad de control judicial por los Tribunales, no debe suponer la invasión del derecho de autoorganización del partido. La posibilidad de que los jueces valoren hechos sujetos a la disciplina del partido y, en especial, la proporcionalidad de la sanción a un afiliado es un supuesto que plantea innegables problemas prácticos cuyo estudio en profundidad desborda los objetivos del presente trabajo<sup>964</sup>.

Una vez afirmada la posible revisión del «derecho sancionatorio endoasociativo» por los Tribunales ordinarios, resta realizar un breve comentario meramente descriptivo de las posibles vías jurisdiccionales a activar en la defensa y

---

<sup>963</sup> En alusión al término razonable como criterio orientador de la expulsión de un afiliado del partido, Vírgala Foruria destaca la naturaleza esencialmente imprecisa del propio término, tanto en aplicaciones presentes como futuras del lenguaje. La «razonabilidad» es para el autor un término absolutamente indeterminado. Por tanto, el TC, en sus pronunciamientos, debería evitar expresiones confusas como «carecer de toda razonabilidad» si al propio tiempo no ofrece criterios de razonabilidad, pues parece que lo único que considera como controlables judicialmente son las decisiones eminentemente arbitrarias. Cf. Vírgala Foruria, 2008, pp. 65-6.

<sup>964</sup>Un estudio en profundidad puede verse en Giménez Flores, 1998, pp. 296 y ss; Fernández-Miranda Campoamor, 1990.

restitución de los derechos de los afiliados. Por motivos de interés, descartaremos las vías laboral y penal y ciñéndonos a los órdenes civil y contencioso-administrativo.

La impugnación judicial de las sanciones partidarias relativas a la democracia interna corresponde al orden civil por tratarse de controversias entre particulares, a tenor de lo dispuesto en los arts. 9.2 LOPJ<sup>965</sup> y el art. 40.1 LODA<sup>966</sup>, de aplicación supletoria en función de las Disposiciones finales Primera 1 y Segunda de la misma. La condición de los partidos políticos como asociaciones *sui generis*, dotadas de una evidente relevancia pública, no impide que sus actos sean revisables por el TC, sino se someterán al régimen de las actuaciones lesivas provocadas por particulares. Es pacíficamente admitido que los actos de particulares pueden afectar igualmente a los derechos fundamentales y que el art. 9.1 CE vincula a los particulares al texto constitucional y, por tanto, a los derechos fundamentales. El propio TC, haciéndose eco de la doctrina germana de la *Drittwirkung der Grundrechte* aclarará que, aun cuando el art. 53.1 determina expresamente la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, ello «no implica una exclusión absoluta de otros destinatarios»<sup>967</sup>.

La justificación de acudir a la jurisdicción ordinaria busca evitar situaciones de indefensión producidas por la inobservancia de los órganos sancionadores de las garantías procesales mínimas que a todo afiliado corresponde, en función de la «eficacia irradiante» propia de los derechos fundamentales de los arts. 24 y 25 CE. Un problema no menor es el de la restitución de los derechos del afiliado afectado por una medida arbitraria de expulsión. El lapso de tiempo que a buen seguro existirá entre tal medida y la restitución del afiliado en el ejercicio de sus derechos da pie a una situación de inseguridad jurídica que podría haberse evitado de contar los partidos con instancias revisoras en una segunda instancia razonablemente independiente y objetiva. El control de la democracia interna por la jurisdicción civil sigue siendo, pues, de dudosa y problemática eficacia.

Respecto a la legitimación activa, los acuerdos en materia sancionatoria adoptados por los partidos pueden ser objeto de impugnación por cualquier asociado o

---

<sup>965</sup> Art 9.2 LOPJ. Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional.

<sup>966</sup> Art. 40.1 LODA. **1.** El orden jurisdiccional civil será competente, en los términos establecidos en la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#), en relación con las pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones, y de su funcionamiento interno.

<sup>967</sup> *Vid.*, entre otras, SSTC 171/89 (FJ 2); 18/84 (FJ 6)

persona que invoque un interés legítimo y los estime contrarios al ordenamiento jurídico (art. 40.2. LODA).

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo debe contemplarse para aquellos supuestos en que la sanción interna tenga repercusiones en el ámbito externo y afecte, concretamente, a los poderes públicos. En opinión de Fernández-Miranda Campoamor, las decisiones de los partidos políticos que sean presupuestos de hecho de un acto administrativo han de estar sometido al control de la jurisdicción ordinaria, dando lugar a un control directo sobre los actos de la Administración e indirecto sobre la decisión del partido del que trae origen (FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 1990, pp. 71-2)

Especialmente relevante a los efectos de este trabajo es la admisión del control jurisdiccional en vía contencioso-administrativa de aquellas sanciones que incidan en la elaboración final de las listas electorales e impidan al afiliado la inclusión en las mismas. La legitimación en este caso corresponderá exclusivamente al afiliado cuyo derecho de candidatura haya sido violado. El recurso habrá de tramitarse de acuerdo a los arts. 47 a 49 LOREG, si bien operando la pertinente reforma previa para ampliar la legitimación a los candidatos irregularmente excluidos. (GIMÉNEZ FLORES, 1998, p. 291; OTTO, 1985, p. 83; VIRGALA FORURIA, 2008, pp. 66-7)

El mandato del art. 6 CE obliga a los partidos a dotarse de unos procedimientos sancionatorios respetuosos con las garantías procesales establecidas en los arts. 24 y 25 CE, límites procesales del «derecho sancionatorio» del que las organizaciones partidistas son titulares. El respeto a la democracia interna exige la aceptación de las decisiones de la mayoría, sin por ello amparar el menosprecio a los derechos de las minorías. Lo contrario sería tanto como admitir el mandato imperativo de una ideología interna concreta, totalmente refractaria a principios y derechos elementales de todo orden democrático exigibles en el ámbito interno de los partidos. En la adecuación de los partidos a las exigencias de la democracia interna, garante en última instancia de los derechos de las minorías partidistas, se justifica la intervención del control estatal en su ámbito decisorio.

La insuficiencia regulatoria de la LOPP no debe favorecer el que los Estatutos sean un frente inaccesible a la impugnación judicial del «derecho sancionatorio» de los

partidos. Los tribunales deben poder controlar el funcionamiento democrático de los partidos, es decir, verificar el respeto y aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva. Y ello sin necesidad de agotar los procesos disciplinarios internos que, como se ha visto, distan muy mucho de estar articulados en base a los principios de objetividad e independencia.

## 5.6 LOS PARTIDOS EN EL CONSTITUCIONALISMO BRASILEÑO: del Imperio a la CF 1.988. Breves notas históricas.

El origen de los partidos políticos en Brasil se remonta al Imperio bajo el reinado de D. Pedro II. Las primeras organizaciones partidarias asumieron una forma más cercana a las facciones que a los partidos propiamente dichos. Partido y facción eran, al igual que en la España de inicios del s. XIX, expresiones peyorativas expresivas de intereses parciales de clase. Los dos grandes partidos de la época imperial representaron las dos ideologías dominantes: el Partido Liberal y el Partido Conservador<sup>968</sup>. La función principal de uno y otro era, alcanzado el poder por turnos, el control del gabinete imperial. (ARINOS DE MELO FRANCO, 1980, pp. 23 y ss; MOREIRA REIS, 1992, p.96)

Las limitaciones establecidas por la Carta Magna de 1824 dificultaron en gran medida la creación y desarrollo de partidos libres e independientes<sup>969</sup>. El sufragio censitario del art. 92 y 94<sup>970</sup>; la falta de libertad de conciencia del art. 5; la obligación de profesar la religión estatal por los representantes del art. 95, III; y, sobre todo, el Poder

<sup>968</sup>En este sentido, Soares (1.989, p. 169) afirma: “En Brasil, durante el Imperio, fuimos bipartidarios hasta 1.870, cuando vio la luz el Manifiesto del Partido Republicano, lanzando las bases del partido con este nombre”. El ideario político de unos y otros puede consultarse en Almeida e Melo, 1979.

<sup>969</sup>“Nuestros primeros partidos fueron fundados para revestir de constitucionalismo el imperio recién nacido y, en la medida de lo posible, para contener el ímpetu absolutista del Emperador. A pesar de la nobleza de estos objetivos, los partidos creados en el periodo tenían poco poder político, tanto así que el Emperador disolvió la Asamblea Constituyente por qué no la consideraba digna de su persona. En los idos de la Monarquía el poder político era ejercido por el Emperador y por el Consejo de Ministros, cuyos miembros eran nominados por el monarca, que era considerado el “cerebro del Estado”. Liberales y conservadores – los partidos de la época – se enfrentaban en discusiones casi siempre inútiles y no puede decirse qué tuviesen una base partidaria, puesto que no pasaban de órganos políticos creados para formalizar una situación constitucional [...]”. (FERNANDES BOVERIO, 2008, p. 10)

<sup>970</sup>Sobre el procedimiento electoral del Imperio, Faoro (2008, p. 698) afirma: “La participación política dependía, en el Imperio, del régimen censitario, pero mantiene el de capacidad. En 1.872, votantes y electores, excluida la exigencia de alfabetización solo impuesta por la Lei Saraiva (1881), alcanzaran 1 millón y 100 mil, 11% de la población. En la primera elección directa (1881), comparecieron 96.411 electores de un electorado de 150.000, menos del 1,5% de la población y menos de un 1% si se consideran los electores comparecientes”.

moderador del Emperador, fueron obstáculos determinantes para la inexistencia de un régimen de partidos constitucionalmente libres e independientes<sup>971</sup>. (MEZZAROBA, 2003, p. 190; MIRANDA, 2010, pp.212-4)

El modelo imperante fue un «partido de cuadros» cuya preocupación vital era la satisfacción de los intereses propios de las élites que los sustentaban: los grandes propietarios rurales del Partido Conservador y los profesionales liberales del Partido Liberal<sup>972</sup>. Los latifundistas y las élites ilustradas no pretendieron configurar un cuadro institucional estable y/o profundizar en la organización interna e ideológica de los partidos. La organización era propiedad de las élites, concretamente de aquéllas que ocupaban la *Assembléia* y el Senado en dos composiciones eminentemente facciosas de designación conservadora y liberal. (BASTIDE HORBACH, 2007, p. 214; BONAVIDES, 2010, p. 218)

La figura dominante no fue el partido como organización dotada de coherencia ideológica, organizativa y programática. El elemento aglutinador del voto fue el poder fáctico de los caudillos políticos<sup>973</sup>. La falta de coherencia programática e ideológica de la época se resumía en la máxima “Nada más conservador que un liberal en el poder, nada más liberal que un conservador en el poder”. (CHACON, 1981, pp. 24 y ss; SICILIANO AIETA, 2006b, pp. 32 y ss)

La llegada de la Primera República en 1889, conocida popularmente como “República Velha”, acabó con unos partidos fuertemente desprestigiados durante la etapa imperial. La herencia recibida hacía de éstos estructuras ineficientes para la satisfacción de los nuevos intereses federales. La nota dominante era nuevamente la fragilidad organizativa y falta de liderazgo político en la creación de las instituciones

---

<sup>971</sup>“No contento con tanta concentración de mando, D. Pedro I creó un nuevo poder, el cuarto: “el poder moderador”, que era “delegado privativamente al Emperador como jefe supremo de la nación”. Y más: el artículo 99 determinaba que “la persona del Emperador es inviolable y sagrada: no está sujeto a responsabilidad alguna”. Además de ello, “el Emperador es el jefe del Poder Ejecutivo”. (VILLA, 2011, p. 19)

<sup>972</sup> “Tanto el Partido Conservador como el Partido Liberal, cuando gobernaban, representaban notoriamente intereses de naturaleza agraria. El Partido Conservador incomparablemente más que el Partido Liberal. Esto por que los principales capitanes y portavoces de la labranza no se alistaban en las huestes liberales, sino preferentemente en la militancia conservadora”. (BONAVIDES, 2010, p. 218)

<sup>973</sup> “Durante el régimen imperial la aristocracia agraria dominó el campo político. De modo que el gobierno simbolizaba, primero que todo, el poder y las aspiraciones de la clase preponderante”. (BONAVIDES, 2010, p. 218)

del recién instaurado régimen republicano<sup>974</sup>. La instauración de la República fue, en buena medida, consecuencia de la acción directa de un Ejército articulado en una especie de partido *sui generis*<sup>975</sup>. La única excepción fue la facción republicana, que en 1893 se articuló en Partido Republicano. Desde entonces, este nuevo partido ejerció el control sobre la maquinaria administrativa federal y estatal mediante coaliciones políticas con las diversas oligarquías locales. (ARINOS DE MELO FRANCO, 1.980, pp. 53-4; MEZZARROBA, 2003, p. 192)

La ausencia de regulación constitucional y legal iniciada en la última etapa del Imperio se reprodujo en la etapa republicana. Ni la Constitución de 1891 ni la legislación infraconstitucional dedicaron un solo artículo a los partidos. El derecho de asociación del art. 72, § 8º no los contempló directamente. La introducción de la democracia representativa en el texto constitucional – art. 16, § 2 y 28 – no llevó aparejado su reconocimiento como articuladores necesarios<sup>976</sup>. Los partidos seguían siendo considerados por la doctrina y los medios de comunicación facciones aglutinadoras de intereses de clases. Fue el Código Civil de 1.916 quien los reconoció por primera vez como personas jurídicas de Derecho Privado<sup>977</sup>.

La mentalidad de la República era, según Arinos de Melo Franco (1.980, p. 53) “[...] federal en primer lugar; en segundo, artipartidaria en el sentido nacional”. La prioridad del gobierno republicano fue la creación de organizaciones políticas regionales comprometidas con los intereses económicos de los productores de café, los *coroneles*<sup>978</sup> y los grandes latifundistas<sup>979</sup>. Este ambiente institucional dificultó

---

<sup>974</sup> “En la Republica Velha no se puede hablar de existencia de partidos, porque no llegaron a existir partidos políticos nacionales. Muchos grupos políticos participaron del proceso, pero siempre con la situación de grupos estatales con los electores reunidos en torno de algunos jefes políticos locales. Estos escogían los candidatos y los elegían en procesos fraudulentos que se conocen como elección “a punta de pluma” (fraude en las actas), o elección “de puñetazo” (garantizando a través de la violencia que solamente hubiese electores de uno de los dos lados en las secciones electorales) o aun a través del “tercer escrutinio”, el mecanismo de reconocimiento a nivel del *Congresso*, apenas de aquellos que estaban participando junto al grupo dominante”. (MOREIRA RÉIS, 1992, p. 110)

<sup>975</sup> *Vid.*, por todos, Faoro, 2008, pp. 535-63.

<sup>976</sup> El régimen republicano extingue el sufragio censitario pero mantiene el de capacidad con la exclusión definitiva de los analfabetos mediante el Decreto 200-A, de 8 de febrero de 1890.

<sup>977</sup> Cf. Mezzaroba, 2003, p. 194.

<sup>978</sup> “El coronel recibe su nombre de la Guardia Nacional cuyo jefe, del regimiento municipal, se investía de aquel puesto, debiendo la nominación recaer sobre persona socialmente cualificada, en regla detentora de riqueza, a medida que se acentúa el tenor de clase de la sociedad. Al lado del coronel legalmente sagrado prosperó el “coronel tradicional”, también jefe político y también señor de los medios capaces de sustentar el estilo de vida de su posición. El concepto entró en el lenguaje corriente por vía del estilo

sobremanera la formación de estructuras políticas nacionales dotadas de un programa político coherente y una ideología fácilmente reconocible. La prioridad era nuevamente la defensa de intereses elitistas regionales aglutinados en la figura del *caudillo* político. Los partidos se estatalizaran. Cada Estado miembro se cerró en sí mismo, preso de las respectivas familias o oligarquías dominantes. El poder se repartía entre Minas y São Paulo. Ni rastro de preocupación con la representatividad democrática. (BARBOSA, 1989, p. 220; MEZZAROBÀ, 2003, pp. 196-7)

La *República Velha* cayó con la Revolución de octubre de 1930, capitaneada por Getúlio Vargas. El *Governo Provisório* de Vargas tuvo entre sus prioridades extinguir las agremiaciones heredadas de la Primera República. Ni las instituciones – principalmente el *Congresso* – ni los partidos y las oligarquías estatales de Minas Gerais y São Paulo a las que éstos servían se interpondrían en el proyecto de poder caudillista que Vargas tenía en mente para Brasil<sup>980</sup>.

En 1932 fue promulgado el primer CEB. Una de sus grandes novedades fue el reconocimiento por vez primera de la existencia jurídica de los partidos y las bases de su organización (arts. 99 y 100). Los partidos políticos podían ser permanentes o provisionales. Permanentes eran aquellos que hubiesen adquirido personalidad jurídica de Derecho Privado de acuerdo al art. 18 del Código Civil de 1916. Provisionales serían aquellos sin personalidad jurídica pero con el apoyo de 500 electores.

La Constitución de 1934 reflejó el estado de descrédito doctrinal que seguía afectando a unos partidos considerados poco más que la correa de transmisión de los intereses propios de los gobernadores estatales. El art. 26, que decretaba la capacidad del *Congresso* para definir su reglamento interno, exigía que en todas las Comisiones se respetase en la medida de lo posible la representación proporcional de las diferentes corrientes de opinión. Los partidos no eran presentados como entidades definidas.

---

social, inclusive en la vida urbana, con predominio sobre su función burocrática y política”. (FAORO, 2008, p. 699)

<sup>979</sup>En este sentido, Chacon (1981, p. 69) afirma: “El federalismo, traducido en el mandonismo local con su consagración, impedía la reestructuración de los partidos nacionales. Solo podían resultar vagos e improvisados sus programas partidarios, meras leyendas para legitimar psicológicamente y legalizar formalmente las elecciones, oligárquicas como siempre, de los Presidentes de la República y de ahí los gobernadores, cuando estos últimos no dispensaban la ceremonia y asumían crudamente el poder. Los rituales programáticos aparecían en el nivel federal, dadas las numerosas y crecientes contradicciones estatales”.

<sup>980</sup> Un mosaico detallado del *Governo Provisório* y el *Estado Novo* de Getulio Vargas puede verse en Neto, 2013.



Simplemente eran considerados meras corrientes de opinión jurídicamente informes. (ARINOS DE MELO FRANCO, 1980, pp. 62 y ss)

Este periodo se destacó por exacerbar la cultura antipartidista propias del Imperio y la *República Velha*. El reconocimiento jurídico de los partidos en el CEB no se acompañó de una adecuada libertad de actuación en el marco de las instituciones legislativas. Paralelamente la introducción de las candidaturas independientes (art. 88) posibilitó la persistencia de grupos económico-políticos únicamente interesados en el mantenimiento de sus privilegios de clase. La organización y consolidación de partidos nacionales verdaderamente representativos tendría que esperar otros tiempos. (MEZZARROBA, 2003, pp. 202-3)

El *Estado Novo* de 1937-45 supuso un nuevo revés en el proceso de consolidación jurídica y doctrinal de los partidos. El Decreto Lei nº 37, de 2 de diciembre extinguió todos los partidos políticos registrados en los Tribunales Superior y Regionales de la Justicia Electoral. La posterior Constitución de 1937 imposibilitó por acción y omisión el surgimiento y consolidación de las organizaciones partidarias, sobre todo aquellas que fuesen contrarias a las intenciones autoritarias del gobierno Vargas. La única cédula política admitida fue la *Legião Cívica Brasileira* creada en 1938, embrión del malogrado Partido Único propio de los regímenes nazi-fascistas de la época. Como afirma Arinos de Melo Franco (1.980, p. 77) “Si no consiguió establecer el partido único, el Estado Novo, entretanto, no se olvidó de suprimir todos los otros”.

La democracia no conseguía arraigar en Brasil. A cada tentativa modernizadora le seguía una reacción autoritaria en defensa de los intereses de clase dominantes. En este ambiente no cabía esperar la consolidación de unos partidos nacionales organizados e ideológicamente cohesionados<sup>981</sup>. Como afirma Mezzaroba (2003, p. 205) “Aunque mudando constantemente el escenario, las situaciones y los

---

<sup>981</sup>En este sentido, Siciliano Aieta (2006b, p. 83) afirma: “Ha de considerarse, por oportuno, que la Era Vargas, legitimadora de una experiencia política de gobierno populista no estimuló la formación de un sistema partidario fuerte. Vargas precisaba de partidos de diversos perfiles para que pudiese colocar correligionarios de distintas ideologías. En efecto, ha de decirse, además, que las instituciones corporativas y estatales aislaban los partidos, distanciándolos del proceso político decisorio como también muchos de los organismos gubernamentales surgieron con la finalidad de neutralizar o, por lo menos, minorar la presión de los partidos, salvaguardando de esa forma las decisiones estratégicas del gobierno central”.

personajes en el teatro de la historia brasileña, el comportamiento político seguía siendo el mismo”.

El Decreto Lei n. 7.586/ 1945 puede considerarse un marco jurídico innovador en materia de organización y funcionamiento de los partidos políticos. El art. 109 impuso el requisito de contar con un apoyo mínimo de diez mil electores repartidos entre 5 estados. El art. 110, § 1 lo concebía por vez primera como entidad con actuación obligatoria en el ámbito nacional. La naturaleza jurídica continuaba siendo privada y su inscripción había de darse según lo previsto por el art. 18 del Código Civil. (ARINOS DE MELO FRANCO, 1980, pp. 77-9)

Las dificultades legales establecidas buscaba impedir la proliferación de nuevos partidos, favoreciendo la subsistencia de los provenientes del periodo anterior del gobierno Vargas: el *Partido Social Democrático* (PSD) y el *Partido Trabalhista Brasileiro* (PTB). El otro grupo político dotado de cierta cohesión nacional y electoralmente representativo era la *União Democrática Nacional* (UDN). Otras disposiciones de marcado tono antipartidista eran la posibilidad de que en las elecciones mayoritarias un mismo candidato pudiese inscribirse en más de una leyenda partidaria y concurrir a cuantos cargos representativos se disputasen en los diversos Estados de la federación.

La contradicción normativa era evidente. De una parte, se potenciaba por primera vez en la vida política brasileña la figura de los partidos de carácter nacional. En segundo lugar, se prohibían las candidaturas independientes, haciendo de aquéllos los únicos vehículos de canalización de la oferta electoral. Por el contrario, los requisitos exigidos desestimulaban la formación de nuevas organizaciones partidarias. A su vez, la posibilidad de concurrir en diferentes Estados a diversos cargos representativos estimulaba la aparición de fuertes liderazgos individuales, fuertemente enfrentados a los partidos. (MEZZARROBA, 2003, p. 208)

La Constitución de 1946, obra de representantes elegidos de las leyendas partidarias, añadió poco al reconocimiento institucional de los Partidos. La principal novedad, ya inserta en el *Decreto-Lei* n. 7.586 de 1945, era su reconocimiento como organizaciones nacionales a las cuales se les garantizaba la representación proporcional en los términos de la ley (art. 134). El art. 141, § 13 introducía el concepto de

democracia militante al prohibir el registro y funcionamiento de aquellos partidos cuyo programa o acción política contrariase el régimen democrático, el pluralismo partidario y los derechos fundamentales del Hombre. El tono general del texto constitucional era de continuismo en la tónica de restricción de la actividad político-partidaria propia de la década de los 30. (MEZZARROBA, 2003, p. 209)

El sistema político fue objeto entre 1945 y 1962 de profundas variaciones, motivadas por el esfuerzo de los Partidos en adquirir una sólida estructura interna a nivel nacional. Esta era la única forma de superar las seculares desavenencias ideológicas entre los Estados y la organización nacional, tan dañinas para la consolidación de la democracia. Este incierto cuadro institucional y político cambió radicalmente con el golpe de Estado de 1.964<sup>982</sup>. Una de las consecuencias fue la supresión, una vez más, de los partidos mediante el *Ato Institucional* n° 2 de octubre de 1965. A ello contribuyó la falta de solidez del sistema de partidos y la proliferación continuada de liderazgos individuales, sin compromiso alguno con los programas partidistas. (MEZZARROBA, 2003, p. 211; SICILIANO AIETA, 2006b, p. 111)

El periodo dictatorial (1964-85) se destacó por la férrea limitación de la acción de los partidos. En Julio de 1.965 se publicó la primera *Lei orgânica dos Partidos Políticos*. El espíritu de la norma distaba mucho de favorecer la creación y consolidación de nuevas estructuras partidarias. Todo lo contrario. La amplitud de causas por las cuales las organizaciones ya existentes perderían su registro es buena prueba de ello. El art. 47, II, imponía la pérdida de registro a aquéllos que no obtuviesen doce diputados federales elegidos por un mínimo de siete Estados. El art. 47, III hacía lo propio con los que no hubiesen obtenido en elecciones generales para la Câmara Federal un mínimo del 3% del electorado nacional distribuido en once o más Estados. El art. 50, por su parte, permitía que el diputado mantuviese el mandato en caso de cancelación del registro del Partido – salvo en los supuesto de contravención del régimen democrático, el pluralismo partidario o los Derechos Humanos – si demostraba su oposición frontal a la orientación partidaria motivadora de la cancelación de Registro.

---

<sup>982</sup>“El GOLPE CIVIL-MILITAR DE ABRIL DE 1964 puso fin a la llamada república populista. Los nuevos dueños del poder fueron prodigios en la imposición de un renovado orden legal marcado por el arbitrio y la violencia”. (VILLA, 2011, p. 93)

Solo unos meses más tarde, el gobierno de Castelo Branco impuso la supresión de todos los partidos políticos a través del *Ato Institucional* nº 2 (art. 18). La organización del nuevo “sistema de partidos” se haría depender de la recién editada *Lei Orgánica dos Partidos Políticos* de 1.965 (art. 18, parágrafo único). El 20 de noviembre del mismo año el gobierno impuso el sistema bipartidista a través del *Ato Complementar* nº4. La Aliança Renovadora Nacional (ARENA) sería el soporte parlamentario del gobierno. El Movimento Democrático Brasileiro (MDB) haría el papel de “oposición consentida” al régimen dictatorial.

La Constitución de 1967 buscó imposibilitar el surgimiento de un tercer partido en liza que pudiese contravenir la apariencia democrática del sistema bipartidista. El art. 149, VII, preveía que el funcionamiento del Partido debería atender un quórum del 10% del electorado que hubiese votado en la anterior elección general para la *Câmara dos Deputados*, distribuidos en dos tercios de los Estados y con el mínimo del 7% de los sufragios válidamente emitidos en cada uno de ellos. Todo ello además del apoyo expreso del 10% de diputados federales distribuidos en un mínimo de 1/3 de los Estados y el 10% de los senadores.

La Constitución de 1969 maquilló en parte la contundencia de esta regulación, aunque sin efectos notorios en la modificación del sistema bipartidista. Moderó la desproporción de la clausula electoral reduciéndola a un 5% del electorado nacional total, distribuidos en un mínimo de 7 Estados y con una votación mínima del 7% en cada uno de ellos. Eliminó igualmente el requisito de apoyo expreso de senadores y diputados federales. La *segunda Lei Orgánica de Partidos Políticos* – Lei n. 5.682 de 21 de julio de 1971 – se limitó a reproducir los requisitos establecidos en sede constitucional.

En definitiva, el régimen dictatorial se preocupó de desmovilizar y despolitizar fuertemente a la sociedad brasileña. Para ello se diseñó una maquinaria legal que, entre otras medidas, imposibilitase el surgimiento de partidos opositoristas. La imposición de clausulas de barrera electoral absolutamente desproporcionadas, la exigencia de una férrea *fidelidade partidaria* como mecanismo de control del partido del Régimen, la ARENA, y la candidatura independiente del partido basada en fuertes liderazgos personalistas hablan por sí solos.

La historia de los partidos, desde el Imperio hasta la entrada en vigor de la actual CF 1988, se caracteriza por su debilidad organizativa, ideológica y programática. El continuo rechazo doctrinal, catalizador de una insuficiente regulación legal y la desorbitada preeminencia de determinados sectores sociales en la articulación de la vida política brasileña contribuyeron a entender los partidos como organizaciones disgregadoras interesadas únicamente en satisfacer los intereses de oligarcas y gobernadores de los principales estados. Los partidos eran, pues, agremiaciones amorfas a través de las cuales el Estado instrumentalizaba su propio poder<sup>983</sup>. Otros factores, como la desvinculación en relación a núcleos diferenciados de intereses, la fluctuación al calor de realineamientos coyunturales y un apego desmedido a las ventajas del “situacionismo” terminan por hacer de los partidos organizaciones escasamente autónomas. (DINIZ *et al*, 1989, pp. 46-7)

Este marco histórico de continuo intervencionismo estatal influyó notablemente en la regulación constitucional que la CF 1988 hizo de los Partidos Políticos. La prioridad del constituyente no fue otra que garantizar por primera vez amplia libertad organizativa y de funcionamiento interno. El eje cartesiano de las relaciones Estado-partidos es el principio de libertad y autonomía de éstos últimos. El legislador constituyente optó libremente por la no constitucionalización del principio de democracia interna. El legislador democrático hizo lo propio en la LPP. Veamos con qué consecuencias.

### **5.6.1 Los partidos en la CF 1988: libertades y límites a la creación de partidos.**

La *Constituição Cidadã* de 1988 y el legislador han hecho de los partidos políticos elementos esenciales en la articulación de la democracia representativa<sup>984</sup>. El art. 17 se inscribe dentro del título regulador de los derechos y garantías fundamentales

---

<sup>983</sup> “En Brasil, el partido político fue siempre una figura formal usada para revestir el conjunto de personas en torno de un líder, un jefe, en la relación típica de patrono-cliente, un partido de clientela. Su dimensión nacional, ordenada por la ley, tiende a reflejar el mismo fenómeno con la unión de jefes locales en grupos mayores bajo el liderazgo de una gran figura, o, en algunos casos, un conjunto de grandes líderes. Tanto es así que, cuando no existían partidos *nacionales*, cada grupo estatal tenía relación con un líder cierto que dominaba la escena local o se contraponía al líder adversario, jefe de un elenco semejante de seguidores”. (MOREIRA RÉIS, 1992, p. 116)

<sup>984</sup> “Ocurre, [...], que la idea de partido político es inseparable de la idea de representación política y, por tanto, de la democracia representativa. Cuanto más en la democracia por los partidos, donde no hay representación fuera de ellos. El modelo brasileño es de democracia representativa”. (POLETTI, 1.987, p. 114)

(Título II)<sup>985</sup>. El art. 14, § 3, V hace de la afiliación a los partidos condición de elegibilidad. El art. 1 LPP les otorga la condición de garantes de la autenticidad del sistema representativo.

La estructura formal del art. 17 CF define, *amplio sensu*, los principios básicos que presiden la organización, funcionamiento y límites de los partidos. El *caput* de dicho dispositivo garantiza la libertad de creación, fusión, incorporación y extinción. El § 1º les otorga autonomía de organización y funcionamiento. La libertad de organización se refiere a la estructura interna del partido; la libertad de funcionamiento se refiere tanto a la estructura como a la libertad para, en el marco de derechos y libertades establecidos por la CF, intervenir políticamente en la sociedad buscando alcanzar el poder político y realizar el programa electoral. El conjunto de ambas libertades y garantías hacen de la CF el texto constitucional más liberal en materia de partidos<sup>986</sup>. (FERNANDES DE OLIVEIRA, 2004, p. 79)

La definición de los requisitos para la constitución y registro de los partidos se encuentra en el art. 8 y ss de la LPP. Un procedimiento que se divide en dos fases diferentes y que, como se verá, es manifiestamente incompatible con el principio de libertad de creación de partidos y el pluralismo político. En un primer momento, se solicita el registro del partido ante el *Registro Civil das Pessoas Jurídicas*. Los requisitos son establecidos por el art. 8, que impone una suerte de *barrera registral* al exigir un mínimo de 101 fundadores con domicilio electoral en un tercio de los Estados como mínimo<sup>987</sup>. El § 3 del mismo art. 8 remite, para la aprobación del registro del

---

<sup>985</sup>Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

<sup>986</sup>En este sentido, Poletti (1987, p. 112) afirma: “El partido político, hoy, representa para el espíritu del liberalismo, todavía más en Brasil, una imposición para la representación política”.

<sup>987</sup> Art. 8º LPP. O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, da Capital Federal, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados, [...]

partido, al § 1 del art. 7º LPP. Este precepto legal condiciona la obtención del registro a la demostración de un apoyo popular correspondiente a un 0,5% de los votos dados en la última elección general a la *Câmara dos Deputados*, descontados los votos en blanco y nulos, distribuidos en uno o más Estados, con un coeficiente mínimo de un 0,1% que haya votado en cada uno de ellos<sup>988</sup>. Un apoyo que, con los datos del censo actual, equivale a 492.000 electores. La propia rigidez del precepto legal, unido al anterior, habla por sí solo sobre la intención del legislador de dificultar *ab absurdum* el proceso de creación de nuevos partidos y abrir el arco parlamentario a nuevas expresiones sociales.

La libertad organizativa y programática de los partidos encuentra límites expresos en la protección de determinados valores superiores del sistema democrático establecidos en la CF: la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluralismo y los derechos fundamentales de la persona del art. 17, *caput*. El respeto a la soberanía nacional se materializa en la imposibilidad de que los partidos cuenten en sus programas con principios que supongan la sumisión de Brasil a otros Estados u organismos internacionales. El régimen democrático les impone la obligación de preservar la democracia en el sistema político brasileño, haciendo que tanto en su actuación externa cuanto en el ámbito interno los principios y derechos democráticos sean debidamente respetados y garantizados. El pluralismo, como se vio, prohíbe cualquier tendencia al monolitismo representativo<sup>989</sup>. El Estado democrático, para serlo, precisa que los diferentes grupos sociales puedan constituirse libremente en partidos y dispongan de igualdad de oportunidades para alcanzar el poder. (MEZZARROBA, 2014, p. 692)

La referencia a los derechos fundamentales de la persona está relacionada directamente con el compromiso programático que los Partidos deben asumir en la preservación y promoción de la dignidad, igualdad, libertad. En materia de derechos

---

<sup>988</sup> § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

<sup>989</sup> En este sentido, Giusti Tavares (2003, p. 281) afirma: “En una sociedad pluralista, solo el partido político – y, aun así, sobre la condición de que tenga raíces sociales no solo sólidas sino múltiples y sea, al mismo tiempo, suficientemente institucionalizado, autónomo, cohesionado y flexible – puede conciliar e integrar, traduciéndolos para la representación política, los intereses superpuestos, cruzados y frecuentemente contradictorios que resultan de la participación del mismo individuo en múltiples asociaciones y organizaciones, entre las cuales comparte su lealtad y energías”.

fundamentales, los partidos quedan obligados a recoger en sus Estatutos los principios de los derechos fundamentales, lo cual les obliga a efectivizarlos en sus propias estructuras. En esta tarea, obvio es decirlo, disponen de un cierto margen de configuración en atención al principio de libertad de organización. (MEZZAROBA, 2014, p. 692)

El conjunto de estos requisitos se conoce como *control cualitativo o ideológico* de los partidos<sup>990</sup>. La consecuencia inmediata es la inadmisión al Registro de aquéllos que incorporen en sus Estatutos una línea ideológica que pudiese poner en entredicho los valores referenciales del ordenamiento. Este control es competencia del *Tribunal Superior Eleitoral*<sup>991</sup>. Este artículo y el 60, § 4 CF hacen del modelo democrático brasileño una *democracia inequívocamente militante*.

La libertad de creación y actuación de los partidos está sujeta al cumplimiento de otros requisitos organizacionales, financieros, de rendición de cuentas y de funcionamiento parlamentario. El art. 17, I establece que los partidos deben tener carácter nacional. Una exigencia cuya justificación es de raíz histórica. El *Estado Novo* de los años 30 buscaba la construcción de una conciencia nacional frente al poder de las oligarquías estatales. Para ello prohibió los partidos de índole estatal y regional. Los cambios acontecidos en la vida política nacional, si se considera la solidez jurídica del Estado Democrático brasileño en su conjunto, hacen de esta exigencia un anacronismo. (MEZZAROBA, 2014, p. 693; POLETTI, 1987, p. 113)

El texto constitucional guarda silencio sobre qué se entiende por partido de carácter nacional. Tampoco remitió al legislador la concreción jurídica de tal expresión. El legislador, como se ha visto en párrafos precedentes, se atribuyó tal prerrogativa en el art. 7, § 1 de la LPP<sup>992</sup>. La exigencia establecida en este precepto legal se traduce, según

---

<sup>990</sup>Cf. Silva, 2005, p. 400.

<sup>991</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 22) afirma: “El Brasil es uno de esos países que se precavió contra la constitución de partidos políticos de índole totalitaria al otorgar al Tribunal Superior Eleitoral la competencia para ejercer el *control cualitativo externo* mediante la verificación en los estatutos presentados a registro del *resguardo de la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluripartidismo, los derechos fundamentales de la persona humana* y el *control cualitativo interno*, por la vía de las normas de fidelidad y disciplina partidaria”.

<sup>992</sup>Art. 7, § 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.



los datos del censo actual, en un apoyo popular de 492.000 ciudadanos. Una exigencia claramente desproporcionada si se atiende a los siguientes argumentos.

Es bien sabido que los costes de formación y organización de un partido político son más que elevados<sup>993</sup>. Las formaciones políticas deben contar, para su subsistencia en el mercado electoral, con una presencia recurrente en los *mass media* en la presente era de la comunicación. Y ello, evidentemente, es financieramente costoso. El legislador, al exigir semejante apoyo popular a formaciones que al estar en fase inicial no disponen de gran inserción en la sociedad y al no estar registradas carecen de acceso a los medios estatales de propaganda, publicidad y recursos financieros, mantiene ¿conscientemente? en vigor una norma jurídica incompatible con la realidad. Sea como fuere, la consecuencia práctica es la restricción desproporcionada del principio de libertad establecido en la CF. Ejemplo palmario ha sido la negativa de inscripción de la *Rede Sustentabilidade* en octubre de 2013 por el TSE<sup>994</sup>. Esta formación, liderada por la ex senadora Marina Silva, no fue admitida en el Registro al faltar 50.000 de las 492.000 firmas requeridas. Un recuento, por cierto, rodeado de gran polémica al ser inadmitidas 98.000 firmas de forma injustificada por los *cartórios eleitorais*<sup>995</sup>.

La expresión carácter nacional ha de ser entendida como la exigencia de un programa de acción política que tenga en cuenta el conjunto del Estado brasileño. Es, por tanto, una obligación de desarrollar políticas públicas de interés nacional y no de contar con una estructura orgánica en numerosos estados de la Federación<sup>996</sup>. La interpretación dada al contenido del art. 7, § 1 LPP por los Tribunales la vinculó a la amplitud geográfica de un determinado partido demostrada a través de la representatividad política – es decir, número de electores – del mismo<sup>997</sup>.

<sup>993</sup> Cf. Capítulo II, punto 2.2.2.1.

<sup>994</sup> El contenido del pronunciamiento del TSE puede consultarse en <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia/jurisprudencia>.

<sup>995</sup> Datos disponibles en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/10/1351541-maioria-do-tse-barra-criacao-do-partido-de-marina-silva.shtml>. (último acceso el 03/09/2014)

<sup>996</sup> “Carácter no es afección física, sino psicológica o espiritual; en este caso, ideológica o política. Corresponde a lo que la Constitución de Portugal, en denominación tal vez más feliz, llama de “índole”. Índole nacional, carácter nacional representa identificación estatutaria, programática con los atributos de la nacionalidad”. (CUNHA, 1992, p.128)

<sup>997</sup> *Vid.* STF, Medida Liminar nº 1.355-6, Min. Carlos Velloso.

Otra duda que presenta la redacción vigente es la competencia del TSE para negar el registro del Estatuto de aquellos partidos que no cumplan los requisitos vistos aquí. El art. 17, § 2 CF es bien taxativo al afirmar que “los partidos políticos, tras adquirir personalidad jurídica, en la forma de la ley civil, registrarán sus estatutos en el TSE”. No se establece que el registro del Estatuto deba cumplir cualquier clase de procedimiento o requisito más allá del clásico *de acuerdo con la ley*. La competencia del TSE sería, pues, meramente registral, quedando fuera de su alcance el control del número de fundadores y, mucho menos, el control organizacional o cualitativo. (MEZZARROBA, 2014, p. 693)

La suma de estos dos factores – la errónea interpretación del concepto “carácter nacional” por el legislador ordinario y la no necesidad de regulación legal por tratarse de compromiso programático de los partidos – arroja una conclusión evidente: la redacción del § 1º del art. 17 CF es manifiestamente contraria al principio de libertad de creación de partidos inserto en el *caput* del art. 17.

El art. 17, II prohíbe a los partidos recibir recursos financieros procedentes de entidades o gobiernos extranjeros y su subordinación, de acuerdo al principio de soberanía nacional. La búsqueda de fuentes económicas ha de ceñirse a aquellas indicadas por las leyes y susceptibles de ser sometidas a la fiscalización del Poder Público. Tal limitación no impide, de acuerdo al art. 5º, XVII CF que consagra la libertad de asociación plena, la aproximación ideológica con entidades extranjeras siempre que las mismas sean lícitas. El límite expreso son las asociaciones de carácter paramilitar del art. 17, § 4 CF. (MEZZARROBA, 2014, p. 695; 2003, p. 259)

Otra restricción a la libertad partidaria es la obligatoriedad de prestar cuentas de sus actividades a la *Justiça Eleitoral* del art. 17, III. Esta medida pretende contener el abuso de poder económico en los procedimientos electorales. En primer lugar, sometiendo a fiscalización las donaciones recibidas por los partidos. En segundo término, comprobando la pertinencia de los gastos realizados en campaña electoral. Una y otra medida se encuentran condicionadas en la práctica a la voluntad del legislador de reformar las competencias técnicas de la *Justiça Eleitoral* en materia de control financiero de los partidos, ceñidas al control de los procesos electorales. Hoy día, el control del abuso de poder económico es consecuencia del juego político, donde los

partidos de oposición presentan denuncias que, en función de su mayor o menor fundamentación, acaban motivando la acción de la *JE*.

La última de las restricciones que el art. 17 impone a los partidos es el funcionamiento parlamentario de acuerdo con las leyes (art. 17, IV CF). La parquedad de la regulación constitucional exige acudir a la legislación infraconstitucional. El art. 12 LPP establece que el Partido funciona en las Casas Legislativas a través de un Grupo Parlamentario constituido de acuerdo a sus Estatutos, el Reglamento interno de las Cámaras y el articulado de esta ley. El art. 13 LPP restringe el funcionamiento parlamentario a la superación de una clausula de barrera electoral. Una exigencia, vale recordar, declarada inconstitucional en las ADI 1351-3 y 1354-8 y sobre la que ya nos pronunciamos en el Capítulo IV. El funcionamiento parlamentario se traduce en la composición y acción de las Comisiones Parlamentarias, órgano principal en que los grupos desempeñan la acción legislativa mediante la presentación, discusión y aprobación de los proyectos de ley. De acuerdo con Mezzaroba, el único mecanismo que debe determinar la existencia de partidos políticos es el voto, a quien corresponde materializar el espíritu de la democracia representativa y de su supremo titular, la ciudadanía (MEZZAROBA, 2014, p. 694).

Cierra el catálogo de restricciones a la libertad de acción partidaria el art. 17, § 4 CF, que prohíbe expresamente a los partidos la utilización de organizaciones paramilitares. El dispositivo aquí citado no deja de ser una redundancia del art. 5, XVII CF que, dentro del marco del derecho de asociación, prohíbe expresamente las asociaciones de carácter paramilitar. El art. 6 LPP reproduce esta doble prohibición constitucional en una doble dimensión. En el ámbito interno, se busca evitar la imposición de estructuras jerárquicas contrarias a los principios de deliberación y mayoría que caracterizan la toma de decisiones en democracia. En el ámbito externo, se traduce en la prohibición de uso de indumentarias o nomenclaturas que caractericen cualquier patente o insignia de comando (MEZZAROBA, 2014, 695; 2003, p. 258).

La actitud del legislador es, a tenor de lo aquí expuesto, manifiestamente contraria al principio de libertad de creación de partidos. Las restricciones establecidas en *la lei dos partidos*, tanto en la fase de adquisición de personalidad jurídica y, sobre todo en la fase de registro, dificultan *in extremis* la formación de nuevas siglas

partidarias. El legislador – en última instancia, los partidos dominantes – continúa dificultado notablemente el acceso al arco parlamentario a nuevas expresiones políticas que, como en el caso de *Rede Sustentabilidade*, puedan poner en riesgo el dominio de las siglas clásicas dominantes.

### **5.6.2. La garantía constitucional de libertad y autonomía interna del art. 17, § 1 CF.**

En el apartado anterior se ha analizado el conjunto de restricciones impuestas a la libertad de creación de partidos, tanto en sede constitucional como en su peculiar desarrollo legal. No cabe dudar que el legislador, al establecer cláusulas de barreras al registro de los partidos (art. 8 LPP) y atribuir a la expresión “carácter nacional” un contenido meramente electoralista (art. 7, § 1 LPP), ha hecho una interpretación desproporcionadamente restrictiva y, por tanto, contraria a los principios de libertad de creación de partidos y al pluralismo político. Los poderes públicos en las sociedades libres y pluralistas, y en especial el legislador, han de caracterizarse por no restringir desproporcionadamente los espacios de discusión, deliberación y actuación política en que la sociedad se organiza<sup>998</sup>.

En sentido contrario a este posicionamiento se pronuncia Siciliano Aieta. La regulación legal dada a la libertad de creación de partidos busca evitar la proliferación de “partidos fantasma” o “leyendas de alquiler” simplemente interesadas en la obtención de ventajas mediante la negociación de las prerrogativas que el Estado les concede en el uso de los medios de comunicación, difusión y fondos partidarios. (SICILIANO AIETA, 2006b, pp. 224-5)

Llegados a este punto, corresponde analizar el contenido y límites de la principal garantía constitucional otorgada a los partidos: la autonomía partidaria en la definición de su estructura interna, forma de organización y de funcionamiento del art. 17, § 1 CF. Una situación sin precedentes en la historia constitucional brasileña. El art.

---

<sup>998</sup> En sentido similar, Siciliano Aieta (2006b, p. 220) afirma: “La Constitución de un país puede sujetar la formación y actividad de los partidos al control del gobierno. No obstante, la idea de democracia está necesariamente concatenada a la de amplia libertad de formación de los partidos políticos. Considerándose el papel relevante de los partidos por ocasión de las elecciones para el Ejecutivo y el Legislativo, debe obstruirse cualquier tentativa de que un partido alcance una posición privilegiada en relación a los demás o que intente imponer algún monopolio”.

3 LPP reproduce literalmente el contenido del dispositivo constitucional. El espíritu de ambas normas responde a la superación del histórico problema de debilidad estructural del sistema de partidos, motivado en buena medida por el caciquismo regional y el continuo intervencionismo estatal.

El legislador democrático ha realizado una interpretación bien extensiva del mandato constitucional en la LPP. El funcionamiento interno de los partidos es, en gran medida, materia *interna corporis*. Los estatutos del partido son considerados la norma básica en materia de organización, estructura y funcionamiento interno. La primera conclusión es que, como afirma Cunha (1992, p. 126) “No hay que hablar más de “ley orgánica” de los partidos, visto que no cabe por más tiempo al Estado organizarlos o disponer sobre su organización”.

El art. 1 LPP define los partidos como personas jurídicas de naturaleza privada<sup>999</sup>. La libertad de actuación se proyecta en dos dimensiones complementarias: una «interna» caracterizada por la libertad de creación y disolución, de afiliación, de adopción de sus estatutos y la determinación de sus actividades y fines. Y una dimensión «externa» entendida como límite a posibles intervenciones desproporcionadas del Estado en su esfera de actuación.

Este es el marco jurídico en que se desarrollan las relaciones entre Estado y partidos. El grado de fiscalización de los poderes públicos en materia de partidos es ciertamente restringido. La idoneidad registral es competencia de la *Justiça Eleitoral*. El control que ejerce es de naturaleza materialmente administrativa. Únicamente le corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales desarrollados en la LPP. Su cumplimiento por el partido solicitante de registro le otorga plena capacidad jurídico-electoral (art. 7, § 2 LPP)<sup>1000</sup>. La consecuencia directa es que la *JE* carece de competencia alguna para enjuiciar aquellas cuestiones que envuelvan la organización y funcionamiento de los partidos, concebidas como materias *interna corporis*.

<sup>999</sup> Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

<sup>1000</sup> Art. 7, § 2º. Só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei.

La Jurisprudencia viene posicionándose claramente en favor de la preservación del principio de autonomía partidaria. Para los tribunales, el contenido esencial de tal principio incluye el libre establecimiento de normas estructuradoras de los cuadros, de los diferentes órganos partidarios y su funcionamiento, etc. El único límite expreso es el respeto a los derechos subjetivos que corresponden a todos los afiliados y cuya violación es susceptible de ser amparada por el *Poder Judiciário* (art. 5, XXXV CF<sup>1001</sup>).

Para el TSE, la autonomía partidaria fluye directamente de la CF a unos Estatutos a los cuales otorga una naturaleza similar a la de *lei complementar*. Cualquier posible divergencia entre éstos y la LPP, ley ordinaria, se resuelve en favor de las normas estatutarias. Esta línea jurisprudencial marca un claro límite en el control de la actuación partidaria por los operadores jurídicos. La superioridad jerárquica del Estatuto frente a la *lei ordinária* se repite en el caso de discrepancia en lo tocante a las reglas de disciplina partidaria<sup>1002</sup>.

La CF 1998 ha redefinido por completo los límites del control judicial de los actos internos del partido. Los partidos jurídicos disponen de amplísima autonomía consecuencia de su naturaleza de personas jurídicas de Derecho Privado<sup>1003</sup>. Será nulo, pues, cualquier acto que suponga una intervención en el ámbito de su organización interna. Esta actitud de resistencia ideológica a que la ley incida directamente en el espacio interior de los partidos resulta altamente contradictoria, toda vez que la propia Constitución les otorga un papel destacado en la articulación y cristalización del sistema representativo brasileño<sup>1004</sup>.

Las competencias de fiscalización de la *Justiça Eleitoral* quedan reducidas a la comprobación del cumplimiento de los requisitos administrativos establecidos por el legislador. El enjuiciamiento de cualquier extralimitación es competencia de la Justicia común. Tales límites son los derechos de los afiliados y el cumplimiento de determinados deberes por los partidos. El contenido y garantías de esos derechos es

---

<sup>1001</sup> Vid. TSE. Acórdão n. 13.750, Recurso Especial Eleitoral, 12/11/1996, Rel. Min. Eduardo Alkmin; Acórdão n. 15.388, de 4 de setembro de 1998.

<sup>1002</sup> Vid. TSE, Resolução n. 14.247, de 26 de abril de 1994.

<sup>1003</sup> En este sentido, Fernandes de Oliveira (2004, p. 82) afirma: “Como ente de derecho privado, el partido político no puede tener su organización interna disciplinada por cualquier iniciativa estatal, ni siquiera por una Ley, aunque esa Ley pueda tratar acerca de su intervención social y política en los marcos constitucionales”.

<sup>1004</sup> En sentido similar para el ámbito español, cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012, p. 115.

establecido por el Partido en sus Estatutos, a los cuales la jurisprudencia del TSE les otorga naturaleza de *lei complementar*.

Este estado de cosas hace de los Estatutos normas de Derecho objetivo para los miembros del partido y en factor de concreción del contenido de la Constitución. El contenido y vigencia real de los derechos de los afiliados es, por tanto, el que determinen los Estatutos. En consecuencia, su vigencia real se haría depender de la norma estatutaria y, en segunda instancia, de la interpretación constitucional. De ahí que se corra el riesgo de que, ante las dificultades que enfrenta el Poder Judicial a la hora de controlar el cumplimiento de las normas estatutarias, los partidos acaben convirtiéndose en zonas al margen de la jurisdicción. El predominio de la libertad de autoorganización no implica impunidad jurídica. El poder que los partidos ejercen debe estar sujeto a control y responsabilidad por el Estado. (PÉREZ-MONEO AGAPITO, 2012. pp. 112-3; CASCAJO CASTRO, 1992, p. 194)

### **5.6.3. La democracia interna en la CF 1988 y la lei 9.096/95: el silencio constitucional y legal.**

5.6.3.1 La opción del constituyente en favor de la libertad de acción, organización y estructura interna.

El legislador constituyente optó deliberadamente por hacer del principio de libertad de acción, organización y estructura interna de los partidos el eje principal de las relaciones Estado-partidos. Lograr un sistema de partidos sólido y estable que acabase con su debilidad estructural, que pusiese freno a la preeminencia de los liderazgos individuales sobre los partidarios e impidiese el tradicional intervencionismo estatal en la vida interna de aquéllos era su prioridad.

El principio de democracia interna se materializa en la imposición de una serie de límites normativos a la libertad de actuación y organización de los partidos. El legislador es autorizado a imponer, *ope legis*, un marco legal de mínimos que los partidos deben reproducir en sus Estatutos. En el mismo han de figurar normas de organización y estructura del partido y un catálogo de derechos y garantías jurisdiccionales en favor de los afiliados. El objeto no es otro que reproducir en el

interior de los partidos dos variables esenciales de la democracia: a) la participación de los afiliados en la toma de decisiones internas y; b) la rendición de cuentas de los dirigentes a la militancia. Ello posibilita el que los partidos ejerzan democráticamente la principal función que les encomendada en el sistema representativo: la elección de los candidatos que competirán por la ocupación temporal de las instancias de poder estatales<sup>1005</sup>.

La salud del sistema democrático está directamente vinculada al grado de apertura y democratización interna de los partidos. La situación de dependencia de los partidos justifica la intervención del Estado en favor de la consolidación de prácticas reconocidamente democráticas. La indiferencia del Estado deja la cuestión en manos de unos partidos que, como se ha comprobado, son reacios a la democratización voluntaria de sus estructuras internas. La principal consecuencia del actual estado de cosas es la desproporcionada oligarquización de las cúpulas partidistas. Los mandatarios partidistas terminan acaparando para sí las principales funciones de los partidos políticos. De entre ellas destaca, a los efectos de este estudio, la selección de los candidatos, clave de bóveda del ejercicio del derecho de sufragio pasivo<sup>1006</sup>.

La circulación de las élites políticas y la capacidad de renovación de los dirigentes partidistas son elementos imprescindibles para la existencia de democracia interna. Garantizar *ex lege* un proceso electoral interno competitivo y libre es *conditio sine qua non* de la legitimidad de origen de la representación democrática<sup>1007</sup>. No debe olvidarse que los partidos políticos son el canal principal a través del cual se ejerce el derecho de participación política. La vigencia del mismo exige, en consecuencia, unos partidos cuya organización y estructura interna posibiliten la participación de los afiliados y el control de los dirigentes.

---

<sup>1005</sup>«Las estructuras intrapartidarias de perfil no comprometido con los dictámenes democráticos excluyen la posibilidad de plena realización de las potencialidades políticas del Partido. Tal modelo de partido recuerda la famosa y ya mencionada Ley de Hierro de la Oligarquía de Robert Michels, en que la fuerte verticalidad interna de los Partidos sofoca cualquier posibilidad de libre expresión de sus miembros no dirigentes». (MEZZARROBA, 2014, p. 697)

<sup>1006</sup> Cf. Pérez-Moneo Agapito, 2012.

<sup>1007</sup> La política brasileña tiene casos palmarios de profesionales de la política. Quizás el más notorio sea el del clan Sarney, ocupantes de múltiples cargos de la vida política nacional y estatal durante décadas. El recorrido político de sus componentes puede verse en <http://noticias.r7.com/brasil/sarney-sai-da-cena-politica-sem-deixar-herdeiros-de-grande-expressao-nacional-24062014>. (último acceso el 30/06/2014)



Un partido es democrático cuando sus dirigentes rinden cuentas ante el conjunto de sus militantes<sup>1008</sup>. La rendición de cuentas precisa garantizar la existencia de canales de información sobre las acciones de sus líderes, posibilitando la remoción de aquéllos cuya gestión no se adecúe a las demandas de la militancia. En un partido democrático, la rendición de cuentas es de carácter vertical: los dirigentes son, principalmente, responsables ante los miembros del partido. (FREIDENBERG, 2006, p. 6; MARAVALL, 2003, p. 113)

El intrusismo estatal en la actividad de los partidos no trae consecuencias positivas para la estabilidad del sistema democrático. La historia política ha dado multitud de ejemplos palmarios. Garantizar un grado de libertad de organización y acción política es *conditio sine qua non* de cualquier régimen democrático. Pero no es menos cierto que la inexistencia de mecanismos de control y fiscalización estatales □ proporcionales y definidos en la ley □ equivale a dotar a los partidos de total libertad en la conformación de los procesos electivos internos. Con la libertad de acción y organización se garantiza el pluralismo político, en atención a las corrientes ideológicas que vayan surgiendo en la sociedad. La ausencia de democracia interna *ex lege* pone en riesgo la expresión y conformación en primera instancia de la voluntad popular. No ha de olvidarse que la legitimidad de la democracia como sistema precisa, en primer lugar, de su existencia en el interior de los partidos<sup>1009</sup>.

#### 5.6.3.2 La democracia interna en la actual LPP: una propuesta de reforma.

El legislador democrático realizó, y continúa manteniendo vigente, una interpretación desproporcionadamente extensiva del principio de autonomía y libertad partidaria del art. 17, § 1 CF. La regulación constitucional y, no menos importante, su escasa voluntad en establecer límites al principio de autonomía partidaria redujeron a la nada la normativización de algunos institutos propios de la democracia interna. Una pasividad que contrasta con su contundencia en la restricción de otros principios

<sup>1008</sup> El arte de la política, si fuese democrática, es el arte de desmontar los límites a la libertad de los ciudadanos; pero es también el arte de la autolimitación: la de libertar a los individuos para capacitarlos a trazar, individual y colectivamente sus propios límites individuales y colectivos. Esta segunda característica se ha perdido”. (BAUMAN, 2000, p. 12)

<sup>1009</sup> En sentido similar, Aras (2011, p. 43) afirma: “Con la dictadura intrapartidaria se invierte la lógica de la democracia representativa que, históricamente, se funda en los valores libertad, igualdad material y, actualmente, también en la dignidad de la persona humana, de los cuales emerge el sagrado derecho de cada ciudadano escoger su propio destino y, por consiguiente, los gobernantes que habrán de conducir las políticas públicas dirigidas al atendimento del bien común”.

cardinales para la vida de los partidos como la libertad de creación y el pluralismo político.

La democracia interna, conceptualmente, se sustenta sobre dos pilares elementales: a) Un conjunto de normas que permitan la organización democrática de los principales órganos de gestión del partido y; b) Un catálogo de derechos y garantías de los afiliados que permitan su participación en la toma de decisiones y promuevan la elección competitiva de los futuros candidatos electorales. Una y otra han sido consideradas por el legislador materia *interna corporis* a regular en los Estatutos del partido (arts. 15, III y IV LPP).

Este peculiar marco normativo, que contrasta con el propio de los textos constitucionales en que la CF se inspiró, se ha visto igualmente favorecido por la jurisprudencia del TSE. Según el Alto Tribunal electoral, el Estatuto tiene naturaleza similar a la de *lei complementar*. Es, consecuentemente, la norma básica en materia de estructura interna, organización y funcionamiento de los partidos. Cualquier discrepancia entre este y la *lei ordinaria* se resuelve en favor de la norma estatutaria<sup>1010</sup>. La ley pasa a ser una categoría normativa secundaria en favor del Estatuto. La consecuencia directa, no exenta de riesgos, es la concesión de un margen de discrecionalidad aun mayor a los partidos en la irretrasable función de democratizar internamente los partidos. Ya veremos con qué resultados.

El sistema partidario brasileño, como se ha visto en el capítulo precedente, se encuentra hoy día aquejado de múltiples disfunciones con amplia repercusión en la legitimidad general del sistema representativo. La doctrina mayoritaria, no es inútil repetirlo, destaca entre otros factores: a) La debilidad ideológica y organizativa de los partidos; b) La persistencia en los cargos internos y representativos de los irónicamente conocidos como *líderes biónicos* o *herederos* de cargos públicos<sup>1011</sup>; c) La preocupante tasa de afiliación a los partidos; d) El descredito ciudadano sobre la funcionalidad de los partidos; e) La resistencia a la apertura del espacio político a nuevos partidos; f) La

<sup>1010</sup> Vid. TSE, Acórdão n. 15.388, de 04/09/1988.

<sup>1011</sup> “Tras 21 años de gobierno militar, la herencia política resultante de un gobierno de fuerza todavía se hace sentir cuando se verifica que actualmente en Brasil, en todos los grandes partidos, se encuentran en los órganos de cúpula los descendientes y apadrinados de los beneficiarios tradicionales de la máquina administrativa, o sea, en la generación presente el individuo todavía nace predestinado a ser alcalde, diputado, gobernador, senador y hasta Presidente de la República!”. (ARAS, 2011, p. 38)

utilización de la fidelidad partidaria como instrumento de presión interno<sup>1012</sup>, etc. (AVRITZER, 2011, pp. 43 y ss)

Parte de la doctrina califica estas prácticas como “dictadura intrapartidaria”. Su epicentro se encuentra en los ámbitos partidarios municipal y estatal. Los intereses de las cúpulas dirigentes nacionales se superponen continuamente a la de los dirigentes locales y estatales. La indefensión e inseguridad jurídica provocada por la falta de autonomía partidaria en los niveles estatal y local y el ejercicio de los derechos subjetivos de los afiliados incentiva el ya preocupante desinterés de los ciudadanos en afiliarse a los partidos<sup>1013</sup>. Esta situación se ha intensificado desde el periodo electoral de 2008, primeros comicios en que la infidelidad partidaria constituía causa de disolución del mandato electivo. El uso fraudulento de este instituto lo ha convertido en un instrumento de presión en manos de unas cúpulas nacionales preocupadas exclusivamente en mantener un férreo control organizacional frente a los cargos públicos y directorios municipales<sup>1014</sup>. (ARAS, 2011, pp. 27-8)

El conjunto del ordenamiento jurídico – Constitución y ley – no ofrece soluciones jurídicas a los problemas actuales del sistema representativo brasileño. Todo lo contrario, si se analiza desde la perspectiva de la democracia interna. La absoluta primacía de la autonomía partidaria y el uso fraudulento del principio de fidelidad partidaria han dado lugar a la consolidación de prácticas partidistas distorsivas del sistema político representativo. La primera ha hecho de los partidos organizaciones escasamente comprometidas con las prácticas democráticas. La segunda es

---

<sup>1012</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 27) afirma: “Con la consagración de la Fidelidad partidaria y de la pérdida del mandato como consecuencia de su violación surgieron, en todo Brasil, denuncias de que los “dueños del partido”, encastillados en los órganos de la cúpula de los directorios nacionales y estatales/distritales, pasaran a destituir dirigentes o a exigir determinadas conductas de las instancias de la circunscripción partidaria y electoral menor (municipal), muchas veces atentatorias a las reglas partidarias o a los intereses de la propia agremiación. En ese contexto, la dictadura intrapartidaria se rebeló plenamente en las elecciones municipales de 2008, el primer certamen realizado tras el reconocimiento de la validez del principio de Fidelidad Partidaria”.

<sup>1013</sup> El art. 17 de los Estatutos del PT reconoce la subordinación jerárquica de los entes inferiores a los inmediatamente superiores. El art. 18 directamente declara la posible intervención de los directorios superiores en los inferiores de acuerdo a la jerarquía partidaria prevista en el art. 17 (zonal, municipal, estatal y nacional respectivamente).

<sup>1014</sup> El art. 21 de los Estatutos del PT fija en 3 años la duración del mandato de los miembros de las decisiones partidarias. A renglón seguido otorga la prerrogativa al directorio nacional de acortar o prorrogar el mandato de estos por deliberación del 60% de sus miembros.

frecuentemente utilizada como instrumento de sumisión de los cargos públicos y los directorios municipales a las cúpulas dirigentes nacionales<sup>1015</sup>.

Es urgente establecer un equilibrio en las relaciones Estado-partidos, reforzando *ex constitutione* su democratización interna. La autonomía partidaria ha de ceder espacio a la configuración de institutos jurídicos que refuercen su organización y funcionamiento interno democrático. Dicho con otras palabras: de la «libertad del partido frente al Estado» ha de pasarse a la «libertad en el partido»<sup>1016</sup>.

Los partidos tienen encomendadas, entre otras funciones, asegurar la autenticidad del sistema representativo (art. 1 LPP). Un partido es representativo cuando, sometido al escrutinio de los votantes y al control interno de los militantes, actúan en interés de los ciudadanos. Las recurrentes prácticas oligárquicas y la perpetuación de los dirigentes políticos en los cargos públicos vician la autenticidad de la representación política en su origen. De la libre elección y circulación de las élites políticas, garantizada mediante la amplia participación y control de los procesos electivos por los afiliados, se ha pasado a un sistema selectivo presidido por la cooptación y la fidelidad a los directorios nacionales<sup>1017</sup>.

Revertir esta situación precisa, entre otras medidas, cambiar desde la Constitución y la ley la dinámica de funcionamiento interno de los partidos. Es la racionalidad de la formación de la voluntad del Estado y la traducción en una representación política radicalmente democrática la que está en juego. Entiéndase aquí por democracia aquel sistema político que se identifica con la organización racional de

---

<sup>1015</sup> El art. 110 de los Estatutos del PT otorga un amplio elenco de competencias a la dirección nacional del partido en las cuales se aprecia el alto grado de intervencionismo en la vida funcional de los directorios estatales y municipales. Disponible en [http://murilopohl.files.wordpress.com/2011/09/estatuto\\_do\\_pt.pdf](http://murilopohl.files.wordpress.com/2011/09/estatuto_do_pt.pdf). (último acceso el 21/05/2014)

<sup>1016</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 36) afirma: “[...] para que sea superada la dictadura intrapartidaria practicada por líderes que se atrincheran en los directorios nacionales y estatales/regionales, se hace menester efectivizar los principios democráticos y que se garantice el ejercicio del pluralismo político, uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil, preferentemente en el ámbito intrapartidario, manteniéndose en todas las instancias, interna y externa, la permanente y necesaria tensión entre las fuerzas políticas que representan al pueblo frente a los factores reales del poder”.

<sup>1017</sup> En este sentido, Maravall (2003, p. 135) afirma: “En cualquier caso, quien ocupa el poder suele utilizar su cargo para intentar controlar el partido. Los dirigentes exigen unidad y disciplina, alegando que esto es lo que esperan los ciudadanos y lo que los competidores tratan de socavar; requieren lealtad, para que cualquier posible crítica se canalice de forma interna y «los trapos sucios se queden en casa». Señalan que quien ocupa los cargos públicos debe gobernar para los ciudadanos, no para el partido”.

los mecanismos de conformación de la voluntad general. (MEZZARROBA, 2014, p. 697)

La actual LPP responde al mandato constitucional de asegurar a los partidos un amplísimo margen de autonomía en materia de organización y estructura interna. El cap. III, titulado “*Do programa e do Estatuto*” es buena prueba de ello. El art. 14 LPP se limita a declarar la libertad de los partidos para organizar su estructura interna. El art. 14, IV simplemente exige que en los Estatutos se determinen las competencias y organización de los directorios municipal, estatal y nacional, la duración de los mandatos y el proceso de elección de los miembros.

La propuesta de reforma legal pasa por la interacción de tres grupos de medidas internas: a) Elementos que garanticen la participación de los afiliados en los procesos decisorios internos; b) Institutos que promuevan el respeto a los derechos fundamentales de los afiliados en el partido y; c) Medidas de *accountability* de los afiliados hacia los dirigentes. (NAVARRO MENDEZ, 1999, pp. 323-5)

Garantizar la participación del afiliado en la toma de decisiones exige contar, aparte de con organizaciones de base próximas a la militancia, con un órgano central de gobierno y de representación del conjunto de la militancia: la Asamblea General. Este órgano representa la voz general del partido en aquellas decisiones de trascendencia colectiva. El modelo de funcionamiento de la misma – mediante delegados compromisarios o participación directa de los afiliados – es un aspecto singularmente importante. En este punto resulta útil al Derecho comparado, observándose que la práctica española de dejar en manos de los partidos la elección del modelo – asumiendo mayoritariamente el modelo de compromisarios – ha rebelado actitudes y comportamientos escasamente democráticos.

Otro aspecto elemental es la adecuada regulación de sus prácticas y competencias. Una prerrogativa que hoy día corresponde fijar a los partidos en los Estatutos (art. 14, IX LPP). La ley ha de otorgar a la Asamblea General la capacidad de reformar los Estatutos y normas complementarias mediante la votación mayoritaria de sus miembros. Incentivar la participación de los afiliados redundaría en la legitimidad interna de las decisiones adoptadas. Ejerce, igualmente, la función de contrapeso al poder de las Ejecutivas nacionales.

El factor temporal es igualmente importante en la toma de decisiones interna. El legislador, contrariando esta afirmación, nada sobre la periodicidad con que deben reunirse los principales órganos del partido – los directorios – ni sobre la duración de sus mandatos o proceso de elección. Los partidos son altamente refractarios a la organización espontánea de plataformas de participación de las bases<sup>1018</sup>. Esta pasividad, incompatible con una organización democrática del poder, justifica la imposición *ex lege* de un periodo máximo compatible con la libertad autoorganizativa. La solución del legislador alemán de establecer un periodo máximo de 2 años para la convocatoria de los órganos de dirección es una solución equilibrada al permitir el ejercicio de la *accountability* interna<sup>1019</sup>.

La composición de los órganos directivos – a través del derecho de sufragio activo y pasivo en favor de los afiliados – debería estar sujeta a unas mínimas garantías: libertad y secreto de voto. La independencia del elector contribuye a minimizar posibles presiones y discriminaciones futuras que pudieran incidir en el sentido de su voto. Igualmente, debería establecerse un periodo máximo de duración de los mandatos electivos internos<sup>1020</sup>. No debe olvidarse que la democracia exige no solo la elección de sus líderes. También demanda la renovación de los mismos<sup>1021</sup>.

El art. 14, IV *in fine* deja en manos del “legislador estatutario” el proceso de elección de los miembros de los órganos de dirección. Las organizaciones partidarias suelen regular la materia en los estatutos de manera interesadamente vaga y superficial. Los procesos electivos suelen estar fuertemente centralizados en manos de los dirigentes. La cooptación y la fidelidad al directorio nacional acaban imponiéndose en los procesos electivos y control de la gestión interna de los líderes por la militancia<sup>1022</sup>.

---

<sup>1018</sup>El art. 119 de los Estatutos del PT establece que el Partido realizará, **periódicamente**, Congresos Nacionales.

<sup>1019</sup> Cf. Sección 9, (1) de la ley alemana de partidos. Texto disponible en: <http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2013/07/Germany-Political-Parties-Act-2004-LA-LEY-DE-PARTIDOS-POLITICOS-ALEMANA-1.pdf>. (último acceso el 20/05/2014)

<sup>1020</sup> El art. 21 de los Estatutos del PT cifra en 3 años la duración de los mandatos de los diferentes órganos directivos y consultivos del Partido. Una duración materialmente condicionada a la prerrogativa otorgada al Directorio Nacional en los arts. 110, III y VII de destituir los directorios estatales y revisar a cada 3 años el número de miembros que conforman los directorios jerárquicamente inferiores.

<sup>1021</sup> En este sentido, Aras (2011, p. 37) afirma: “A través de elecciones periódicas y nuevas filiaciones de electores siempre habrá la oportunidad de renovación de los cuadros dirigentes de la agremiación, propiciando, al menos, el debate democrático y el fortalecimiento de los grupos que representan corrientes de opinión en el ámbito interno de la agremiación”.

<sup>1022</sup> Cf. Aras, 2011, pp. 26 y ss.

El objeto es crear vínculos de dependencia del candidato con el aparato del partido<sup>1023</sup>. Un marco legal que coloca en riesgo, a tenor de la praxis política aquí denunciada, el adecuado ejercicio del poder en el partido. Sin procesos decisorios participativos y sin renovación periódica de los cargos – incluyendo su limitación – no puede hablarse de partidos democráticos.

En materia de derechos y garantías de los afiliados, la actitud del legislador es idéntica: materia *interna corporis* de regulación estatutaria. El cuerpo de la ley realiza dos referencias ciertamente lacónicas. El art. 4 LPP se limita a enunciar el principio de igualdad de derechos y deberes entre los afiliados. El art. 15 hace del Estatuto la norma interna que ha de contener los derechos y deberes del afiliado.

Los derechos del afiliado son el elemento central de la democracia interna. Su amplitud, concreción y garantías jurisdiccionales son el indicador principal del grado de democratización interna. Son, de acuerdo a la *vis* expansiva de los derechos fundamentales, la proyección en el interior de los partidos de los derechos de participación política. Su eficacia irradiante justifica su vigencia real, más allá de su regulación estatutaria. (MARTÍN DE LA VEGA, 2004, pp. 225-6; VIRGALA FORURIA, 2008, p. 24)

La reforma de la vigente ley debe contener un catálogo de derechos que garantice la participación del afiliado en las decisiones internas y le permita ejercer la *accountability* frente a los dirigentes. El afiliado ha de contar, entre otros, con: a) El derecho de sufragio activo y pasivo; b) La participación en la organización y estructura interna del partido y el derecho de asistencia a la Asamblea de acuerdo a los procedimientos estatutarios; c) Debe poder ejercer la *accountability* a través del derecho de información de las decisiones y situación económico-financiera del partido y la impugnación de los acuerdos entendidos contrarios a la ley en una doble instancia: interna y ante los Tribunales de Justicia; d) El derecho a la libertad de expresión, tanto en el ámbito interno cuanto en el externo, con las limitaciones puestas de manifiesto en el punto 5.3.4 del presente capítulo; e) Garantías de alternancia periódica de los cargos

---

<sup>1023</sup> Los Estatutos del PT (arts. 110, III y VII respectivamente) otorgan al Directorio Nacional la prerrogativa de destituir a los directorios estatales “de acuerdo a las normas contenidas en el Estatuto” y revisar el número de miembros que componen el resto de directorios cada 3 años asegurándose de esta forma la lealtad de las instancias inferiores y viciando los procedimientos electivos.

directivos del Partido; f) Prevalencia del principio mayoritario en la toma de decisiones; g) Derecho de amplia defensa en el caso de eventuales sanciones internas.

La regulación legal de este conjunto de derechos – y un adecuado elenco de garantías jurisdiccionales – permitirá hacer de los partidos organizaciones reconocidamente democráticas. El primer campo de acción ha de ser la conformación de los órganos de dirección de acuerdo a las directrices aquí establecidas. Es esencial, entre otras medidas, poder influir en la gestión interna del partido a través de un derecho de sufragio activo libre y secreto. Otro ámbito de actuación, el más decisivo si se quiere, es poder ejercer el derecho de sufragio pasivo en los procesos electivos internos. Este es un punto irrenunciable y con repercusión directa en la revitalización de la representación política. Su garantía permitiría combatir el inadmisibles grado de profesionalización de la política que afecta a las instancias representativas. Completa el conjunto de prerrogativas del afiliado la posibilidad de ejercer las labores de control y fiscalización de las decisiones de la cúpula de dirigentes. Para ello, debe disponer de la posibilidad de impugnar los acuerdos estimados contrarios a la ley, tanto en sede interna cuanto en los Tribunales.

#### **5.6.4. Las garantías jurisdiccionales en favor de los derechos de los afiliados: los procedimientos sancionatorios y de expulsión.**

La pertenencia a un partido se produce mediante la afiliación, acto voluntario condicionado al cumplimiento por el solicitante de unos requisitos de afinidad con los valores, programa y fines del partido. La entrada en un partido político, acto en apariencia simple, reviste indudable trascendencia en el ejercicio de los derechos políticos. Máxime en un sistema donde la filiación al partido es condición de elegibilidad (art. 14, § 3, V CF).

La libertad de autoorganización incide igualmente en materia de afiliación. Los partidos disponen de un amplio margen de libertad en la admisión de nuevos miembros que, no obstante, ha de ser objeto de ponderación con otros bienes y derechos igualmente dignos de protección jurídica: el derecho de asociación del art. 5, XVII CF, los derechos políticos de que son titulares los ciudadanos y el principio de igualdad como clausula general del Estado democrático de derecho. Especial relevancia reviste la



obligatoriedad de afiliación al partido político como condición de elegibilidad constitucionalmente establecida. La condición de los partidos como vehículos obligatorios de ejercicio del derecho de sufragio pasivo exige, en consecuencia, la adecuada motivación del rechazo a la solicitud del ciudadano en afiliarse al partido. (FLORES GIMÉNEZ, 1998, p. 166).

La libertad de decisión está garantizada en la legislación vigente. La LPP condiciona la conversión del ciudadano en afiliado al cumplimiento de dos requisitos. El primero, independiente del partido, es hallarse en plenitud de gozo de los derechos políticos (art. 16 LPP). El segundo, de carácter interno, es el cumplimiento de las reglas estatutarias (art. 17 LPP).

La pertenencia a un partido es un acto volitivo susceptible de retracción. El afiliado, en efecto, ha de tener la libertad de abandonar el partido político cuando lo considere convenientemente. El art. 21 requiere la redacción de escrito dirigido al órgano de dirección municipal y al *Juiz Eleitoral* de la Zona en que se encuentre inscrito. La LPP regula igualmente los casos en que el afiliado deja de pertenecer al partido. El art. 22 dispone la siguiente regulación causal: a) Muerte; b) Pérdida de derechos políticos; c) Expulsión; c) Otras formas previstas en el Estatuto siempre que medie comunicación en un plazo de 48 horas; d) La doble filiación, desde que el interesado comunique el acto al *Juiz* de la respectiva Zona Electoral

La adquisición de la condición de afiliado impone la observación de determinados deberes (arts. 4 y 15, III LPP). Nada dice el texto legal sobre el contenido de esos deberes. En líneas generales, los Estatutos vienen a imponer, de entre otras, las siguientes obligaciones: a) La observancia de la línea ideológica del partido; b) El acatamiento de las decisiones partidarias; c) La contribución a las finanzas; d) La renuncia al mandato electivo en caso de abandono del partido; e) Votar en los candidatos indicados y participar de las campañas electorales.<sup>1024</sup>

La observancia de los Estatutos implica la sujeción del afiliado a los procedimientos sancionatorios establecidos. Los partidos disponen dentro del ámbito de sus competencias internas de una suerte de «derecho sancionatorio endoasociativo». El

---

<sup>1024</sup> Este es el contenido genérico del art. 13 del Estatuto del PT. Disponible en [http://murilopohl.files.wordpress.com/2011/09/estatuto\\_do\\_pt.pdf](http://murilopohl.files.wordpress.com/2011/09/estatuto_do_pt.pdf). ( último acceso el 21/05/2014)

art. 23 LPP establece que la violación de los deberes estatutarios ha de ser apurada y castigada por el órgano competente de acuerdo a las normas estatutarias. La conformación de los órganos y procedimientos sancionatorios es competencia del partido. Asegurar la independencia y objetividad de los órganos sancionatorios es de importancia capital. Una afirmación que, como se verá, no se corresponde con la realidad interna de los partidos.

El art. 23, § 2 LPP reconoce al afiliado amplio derecho a la defensa. La generalidad e indefinición de la previsión legal precisa ser completada. La permanencia del afiliado en el partido es requisito elemental del ejercicio de los demás derechos que puedan corresponderle en sede interna. Entre ellos destaca, *per se*, un derecho de sufragio pasivo condicionado apriorísticamente a la permanencia en el partido por imposición constitucional. Cualquier posible sanción y pérdida de derechos, incluida la expulsión, debe estar rodeada de un conjunto mínimo de garantías procesales de las cuales se hará depender su validez.

La fuente primaria que ha de orientar la conformación de los procedimientos sancionatorios son el conjunto de derechos procesales instituidos en la CF 1988. El art. 5º, LIV reconoce el derecho fundamental a un proceso justo<sup>1025</sup>. Es, por tanto, el modelo mínimo a seguir en las actuaciones procesales tanto por el Estado cuanto por los particulares en determinadas situaciones sustanciales. Su rigurosa observación es condición indispensable para la obtención de resoluciones justas. (MARINONI; MITIDIERO, 2012, pp. 615-6)

Esta clausula general se desdobra en un conjunto de derechos materialmente reconocibles entre los cuales se encuentran: a) El derecho a un procedimiento contradictorio del art. 5º, LV CF, garantía procesal de todo y cualquier proceso con independencia de su naturaleza o no jurisdiccional; b) El derecho a obtener una sentencia motivada del art. 93, IX; c) El derecho a ser informado de los hechos motivadores de la conducta sancionatoria; d) El derecho a recurso interno.

La garantía de contar con un proceso justo requiere complementariamente la adopción de otros institutos jurídicos como el principio de tipicidad, proporcionalidad, audiencia al interesado y la existencia de una segunda instancia revisora. La prohibición

---

<sup>1025</sup> Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

de indefensión, la presunción de inocencia y la imparcialidad del órgano enjuiciador contra el cual haya de interponerse recurso interno completan el conjunto de garantías que posibilitan obtener una sentencia justa.

Ninguna de estas garantías y derechos, más allá de la genérica referencia a la amplia defensa, se contempla en la vigente ley de partidos. Una situación de anomía que hace de los partidos los garantes de la existencia de un derecho sancionatorio adecuado a las garantías constitucionales.

La doctrina y medios de comunicación vienen denunciando prácticas arbitrarias e intervencionistas en el derecho sancionatorio de partidos en los cuales son sistemáticamente violados los principios de debido proceso legal, contradictorio y amplia defensa. Anteriormente se puso de manifiesto como los Estatutos de los partidos tienen una organización fuertemente jerarquizada en la cual los directorios nacionales ocupan la cúspide de la pirámide. De entre otras competencias, disponen de la capacidad de disolución de los directorios estatales y municipales. El procedimiento es notoriamente personalista: el envío al Tribunal regional de un escrito en el cual han de comunicar los hechos y la indicación de los integrantes de la nueva comisión ejecutiva que pasarán a dirigir la respectiva circunscripción territorial. Este *status quo* abre la puerta a posibles depuraciones o tratos de favor a según qué afiliados. (ARAS, 2011, p. 73)

Un análisis de los Estatutos de las dos principales fuerzas políticas brasileñas – PT y PSDB – revela que los procesos disciplinarios están organizados en base al principio de jerarquía. La deseable independencia del órgano enjuiciador queda en entredicho ante posibles intromisiones del órgano superior. Forman parte del procedimiento sancionatorio las Comisiones de Ética, órganos de carácter consultivo cuyo rol, aun rodeado de una cierta independencia funcional, no supone un contrapeso efectivo a la jerarquía enjuiciadora de la Comisión Ejecutiva correspondiente<sup>1026</sup>.

Los Estatutos del PT regulan los procesos sancionatorios en el Título VII, bajo la expresión “*Da disciplina e fidelidade partidarias*”. El art. 225 asegura la amplia defensa del afiliado en los procedimientos sancionatorios. El art. 227 enumera, con celosa amplitud, el conjunto de actitudes susceptibles de acarrear sanción. El art. 228

---

<sup>1026</sup> Arts. 217-23 de los Estatutos del PT.

dispone las penas y la gravedad de las mismas atribuida a cada conducta sancionable, que van desde la advertencia reservada o pública hasta la expulsión. El art. 231 regula, de acuerdo al principio de tipicidad, el conjunto de conductas que motivan la expulsión del afiliado. Una regulación causal, debe decirse, particularmente amplia.

El art. 232 determina el *modus operandi* para la apertura del proceso disciplinario. El afiliado ha de dirigir escrito motivado a la Comisión Ejecutiva del Directorio al cual pertenezca indicando los medios de prueba y un número máximo de testigos a presentar en su favor. El párrafo único establece la posibilidad de que el órgano jerárquicamente superior se arroge el enjuiciamiento del expediente sancionador en caso de “afectar a sus intereses”. La Comisión Ejecutiva correspondiente dispone de 30 días para la aceptación o remisión de la representación a la Comisión de Ética. En caso de desestimación, el interesado dispone de 10 días para recurrir ante la Comisión Ejecutiva superior.

Aparte de la Comisión Ejecutiva pertinente, forman parte del procedimiento disciplinario las denominadas Comisiones de Éticas. Son organismos de carácter consultivo al que la Comisión Ejecutiva juzgadora podrá solicitar auxilio en la determinación de las circunstancias y pruebas de hecho. Los veredictos emitidos por aquella carecen de fuerza obligatoria para las Comisiones Ejecutivas.

El art. 240 establece que las resoluciones sancionadoras se tomarán por el procedimiento de mayoría absoluta. La denegación de amparo al afiliado le permite imponer recurso ante la Comisión Ejecutiva jerárquicamente superior en el plazo de 10 días.

La regulación de los procedimientos sancionatorios en los Estatutos del PSDB se divide entre los Estatutos y el Código de Ética. El art. 132 reconoce el principio de amplia defensa de los afiliados para, a continuación, enumerar las conductas que dan lugar a la apertura del proceso. El art. 133 regula las diferentes sanciones disciplinarias, que van desde la simple advertencia hasta la expulsión del afiliado. La regulación del procedimiento sancionador se encuentra en el Código de Ética. Las principales diferencias con respecto al procedimiento analizado anteriormente se encuentran en la fase recursal. El art. 44° determina que la decisión del Directorio correspondiente es susceptible de recurso ante el Consejo de Ética y Disciplina jerárquicamente superior.

Este órgano dispone de 15 días para emitir el informe correspondiente a la Comisión Ejecutiva del Directorio homólogo, que dispondrá de 30 días para enjuiciarlo. Por último, el apartado III determina la irrecurribilidad de la decisión proferida en segunda instancia.

Las conclusiones a que puede llegarse en ambos estatutos son ciertamente similares. La independencia y objetividad de los procesos disciplinarios queda fuertemente comprometida ante la posible fiscalización e intromisión en el mismo de la Comisión jerárquicamente superior. Una de las consecuencias inmediatas es la posible quiebra del principio de igualdad entre los afiliados. La Comisión Ejecutiva nacional puede actuar con diferente rasero según la posición que cada enjuiciado tenga en la estructura y la afinidad que muestre con las instancias centrales del partido<sup>1027</sup>. Por otra parte, las Comisiones de Ética deberían, al estilo de los Tribunales o Comisiones Arbitrales intrapartidista de la ley alemana, estar dotadas de competencias de resolución de los expedientes. La limitación de las mismas al rol de organismos auxiliares subordinados a las Comisiones Ejecutivas le resta objetividad al proceso. Del conjunto de unas y otras medidas no cabe sino deducir que el procedimiento sancionador está articulado sobre la base de hacer de la Comisión Ejecutiva nacional el organismo central del procedimiento, en detrimento de las garantías procesales de los afiliados.

Este estado de cosas justifica la intervención del legislador en materia de garantías y derechos procesales de los afiliados. La regulación estatutaria de los dos principales partidos arroja demasiadas incógnitas respecto a la objetividad e independencia de los procesos disciplinarios. La supremacía incontestable de las Comisiones Ejecutivas nacionales deja en entredicho la deseable independencia enjuiciadora de los directorios estatales y municipales. Las competencias meramente consultivas de las Comisiones de Ética les impiden ejercer el rol de contrapeso a las amplias prerrogativas de aquéllas en materia de derecho sancionatorio.

No puede descartarse en absoluto la posible utilización fraudulenta de las prerrogativas enjuiciadoras de las Comisiones Ejecutivas nacionales en favor o contra determinados afiliados – por ejemplo, depuraciones de miembros contrarios a la

---

<sup>1027</sup> El PT mantiene en el partido a los diputados y senadores condenados en el proceso judicial conocido como “Mensalão”. Datos disponibles en <http://www.diariodopoder.com.br/noticias/pt-ignora-seu-estatuto-e-nao-expulsa-mensaleiros-2/>.

Ejecutiva Nacional o los denominados versos libres –. Una práctica que, *per se*, justifica la imposición de un marco procesal ampliamente garantista ante la más que posible violación directa de las garantías y derechos procesales constitucionalmente establecido.

Las múltiples incertidumbres sobre las garantías procesales de los afiliados en los procesos sancionatorios estatutarios provocan inseguridad jurídica en materia de defensa de derechos fundamentales. Este riesgo y la comprobada falta de autonomía de los directorios estatales y municipales justifican sobradamente la intervención del legislador democrático. En este sentido, pueden tomarse como referencia el análisis de las garantías procesales contenidas en la LOPP como, sobre todo, las mejoras propuestas en el mismo con base en la detallada regulación del modelo alemán.

Los partidos políticos no pueden ser inmunes a las violaciones de derechos fundamentales cometidas en su actividad interna. El principio de autonomía interna encuentra un límite expreso en el art. 5º, XXXV de la CF, que declara que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judiciário lesión o amenaza de derecho”. La violación de un derecho fundamental en el seno de un partido permite accionar las medidas jurisdiccionales en defensa de los derechos fundamentales de que dispone la CF y que ya han sido objeto de análisis. La existencia de un marco legal amplio y conciso en materia de derechos fundamentales reforzaría su vigencia material en el interior de los partidos. El dotar al conjunto de los operadores jurídicos de mayor seguridad jurídica en la aplicación del Derecho a los partidos contribuirá a mudar una cultura partidaria que, al igual que la española, dista mucho de ser reconocidamente democrática.

## CONCLUSIONES

La presente Tesis Doctoral ha puesto en evidencia la brecha existente entre la Constitución formal y material en materia de participación política. Los modelos democráticos instituidos en la CE 1978 y CF 1988 son reconocidos formalmente como democracias participativas. El principio fundamental que posibilita la participación política es el de soberanía popular. El poder político supremo pertenece al pueblo, fuente original de la legitimidad de todos los poderes del Estado. El ejercicio de la soberanía popular se concreta en la titularidad por el ciudadano de un conjunto de derechos políticos – individuales y colectivos – a través de los cuales puede participar en los asuntos públicos de dos formas teóricamente complementarias: eligiendo a los representantes políticos o bien de forma directa. Igualmente es titular de un derecho – cumplidos una serie de requisitos objetivos y subjetivos – de acceso a los cargos públicos representativos. Completa este marco teórico el reconocimiento constitucional de unos partidos que, como consecuencia de sus funciones constitucionales, han de ser considerados cooperadores necesarios para la vigencia real y efectiva del derecho de participación política. Esta caracterización les otorga un conjunto de prerrogativas y, aún mas importante, la obligación de adoptar una estructura y funcionamiento interno democráticos.

El ordenamiento jurídico vigente es, como se ha afirmado precedentemente, formalmente acorde a un modelo democrático participativo. La contradicción se produce al analizar la configuración material del derecho de participación política y el régimen jurídico de los partidos políticos vigentes. La barrera existente entre la dimensión formal y material de ambas categorías jurídicas impide afirmar que las CE 1978 y CF 1988 instituyen modelos democráticos materialmente participativos. Esta afirmación, eje general sobre el que gravita la presente Tesis, se sustenta en razones de índole diversa. La primera, con anclaje en la historia política reciente, es que la arquitectura jurídica que da forma al derecho de participación política y al régimen jurídico de los partidos fue, en ambos casos, el producto de un tiempo histórico-político hoy día felizmente superado.

Los partidos políticos, es bien sabido, idearon un ordenamiento que primase la tan necesaria gobernabilidad – a pesar de ser un concepto sin reconocimiento

constitucional expreso – sobre una participación política caracterizada constitucionalmente como principio y derecho fundamental. La representación política debía primar sobre una participación directa y semidirecta potencialmente desestabilizadora del entonces voluble sistema democrático. El argumento principal era evitar cualquier posible tendencia involutiva hacia formas de gobierno nuevamente autocráticas. El resultado práctico fue, ha sido y es el control absoluto por los partidos de las instituciones democráticas. Nacían así los nuevos *dueños del poder*.

El panorama socio-político actual difiere en buena medida del anteriormente descrito. La democracia como sistema de gobierno no es objeto de rechazo, si bien existen diversos indicadores de un evidente descrédito social hacia las instituciones que deben ser convenientemente tenidos en cuenta. Puede decirse que nos hallamos ante una crisis *en* la democracia, no *de* la democracia como sistema político global. Este escenario nos obliga a buscar soluciones jurídicas que contribuyan a revitalizar los sistemas democráticos español y brasileño.

Las críticas se centran, en el ámbito de este estudio, en tres aspectos interrelacionados: a) La vigencia de un modelo de representación política bajo el control exclusivo de los partidos políticos; b) La ineficacia material de los instrumentos jurídicos de participación directa e indirecta en la gestión de los asuntos públicos y como elemento de control de los representantes políticos; c) La existencia de unos partidos fuertemente refractarios a la democratización de sus estructuras y funcionamiento internos. La crisis *en* el sistema democrático es consecuencia directa – que no única – de la ineficacia material del derecho de participación política y la evidente ausencia de democracia interna en los partidos.

En el Capítulo I se ha puesto de manifiesto que la democracia es un concepto de naturaleza poliédrica, de difícil cierre hermenéutico y sujeto a continuas tensiones. Partir de este escenario es *conditio sine qua non* de cualquier análisis posterior sobre la democracia jurídica. No hay civilización a lo largo de la Historia que haya conocido un sistema democrático acabado sobre el cual podamos inspirarnos completamente. Para parte de la doctrina, es un conjunto de procedimientos que permite, bajo la lógica de la regla de la mayoría, transformar la voluntad general en ley vinculante. La validez de las decisiones está condicionada a la igualdad de participación de todos aquéllos obligados a su cumplimiento. Este marco procedimental hace de la representación política



epicentro del sistema político y del derecho de sufragio activo el eje de la participación ciudadana en los asuntos comunitarios.

Este modelo democrático es manifiestamente insuficiente para aquéllos sistemas que, como el español y el brasileño, se definen jurídicamente como democracias participativas. Dicho modelo, como se ha visto en el capítulo I, hace de la participación política eje del sistema político. Su vertiente jurídica no se reduce a la elección periódica de los representantes políticos. La ciudadanía dispone igualmente de un derecho de participación directo y materialmente eficaz en la gestión de los asuntos públicos. El propósito último es el logro de una mayor legitimidad de origen y resultado posibilitada por la interacción continuada entre ciudadanía, partidos e instituciones estatales.

El modelo democrático propuesto en la parte final del Capítulo I se sustenta en tres pilares conceptuales interdependientes: integración, expansión y eficiencia democrática. El objetivo final – optimizar la participación ciudadana – requiere entender previamente varios conceptos interrelacionados: a) Las personas no nacen siendo ciudadanas; b) La democracia es un compromiso que requiere aprendizaje y; c) La transformación del individuo en ciudadano requiere de instituciones comprometidas con la educación democrática. Ello requiere diseñar un entramado institucional que fomente la participación y posibilite la integración de los ciudadanos en el sistema político.

Expandir la democracia requiere diseñar mecanismos de participación materialmente eficientes. La actual crisis *en* la democracia es consecuencia directa, que no única, de la irrelevante participación popular en las estructuras de decisión estatal. Con ello no se abraza la idea, sugerente pero errónea, de sustituir la democracia representativa por una democracia directa sin más. Nuestra propuesta es empoderar al conjunto de la ciudadanía mediante la apertura de las instituciones representativas. La tan necesaria renovación del sistema democrático requiere la ampliación de los canales de participación y la mejora de los procedimientos de control ciudadano sobre la labor de los representantes, la consabida *accountability*. Ello requiere, entre otras medidas, reconfigurar normativamente el derecho de participación política en ambos ordenamientos jurídicos. Un derecho cuya vigencia real se halla parcialmente condicionada a la democratización interna de los partidos políticos.

El último pilar que sustenta nuestra idea de democracia es el de una democracia eficientemente orientada. Una de las anomalías del sistema democrático actual es la apatía electoral. Los indicadores de abstención actual merecen una lectura crítica del grado de identificación del ciudadano medio con un sistema que solo incentiva su participación en los periodos electorales. Las múltiples posibilidades que se abren con las nuevas tecnologías, no exentas de nuevos riesgos y problemas, pueden ayudar a superar las dificultades técnicas aducidas para restringir la participación directa. Su implantación podría ser gradual, comenzando por la esfera local y, en función de los resultados empíricos obtenidos en un periodo de tiempo suficiente, ser trasladados al resto de entes territoriales en que se estructura el Estado español.

El Capítulo II se inicia con un análisis de los principios superiores del ordenamiento en que se fundamenta la participación política: el principio democrático, la soberanía popular y el pluralismo político. La delimitación de su contenido y límites resulta esencial a la hora de valorar la proporcionalidad y adecuación de las decisiones adoptadas por el legislador en la configuración del derecho de participación y el régimen jurídico de los partidos políticos. Una de las polémicas – con tintes de clásica – entre constitucionalismo y democracia gira en torno a los límites constitucionales que cabe imponer a la soberanía popular. ¿Es lícito reformar completamente la Constitución? O, por el contrario, ¿Pueden establecerse límites al poder de reforma constitucional? La respuesta, con consecuencias jurídicas de primer orden, es forzosamente positiva: el principio de soberanía popular posibilita la reforma integral de la Constitución, siempre que se obtengan las mayorías requeridas y se respete escrupulosamente el procedimiento legalmente establecido. Una Constitución, para ser plenamente democrática, ha de posibilitar al soberano la capacidad de autodeterminarse dentro de los límites del Derecho y sin otras restricciones que las meramente procedimentales que, debe recordarse, se encuentran rodeadas de enorme complejidad.

El pluralismo político es el otro eje principiológico sobre el que se sustenta la democracia. El legislador democrático debe garantizar la igualdad de oportunidades entre las diferentes ideologías – articuladas por los partidos políticos – que pugnan por ocupar las instituciones representativas estatales. En el ámbito de este estudio, son dos son las proyecciones de este principio que han de ser garantizadas normativamente: el pluralismo político electoral y el intrapartidario. La investigación realizada ha

evidenciado una flagrante contradicción entre la significación jurídica del principio y la concreción normativa realizada por el legislador. El sistema electoral establecido en la LOREG prioriza desproporcionadamente la gobernabilidad – aun cuando se trate de un concepto sin cobertura constitucional expresa – frente al pluralismo partidario. Otra restricción inconstitucional son las draconianas exigencias impuestas a la formación de agrupaciones electorales en la susodicha ley.

La vigencia de este marco normativo se debe a los beneficios que reporta a los partidos mayoritarios tanto en España cuanto en Brasil. La LPP establecía las denominadas clausulas de barrera o desempeño electoral, convenientemente declaradas inconstitucionales por el STF al violar frontalmente el principio de pluralismo partidario del artículo 1º, V CF 1988. Igualmente contrario al pluralismo político resulta la prohibición constitucional de listas cívicas derivada del art. 14, § 3º V que, como es sabido, hace de la afiliación partidaria condición de elegibilidad.

El contenido subjetivo del derecho de participación política puede definirse como desfasado si se atiende a la condición de países netamente receptores de inmigrantes como España y Brasil. Esta investigación ha demostrado el anacronismo jurídico que supone mantener por más tiempo los parámetros de atribución de la titularidad de los derechos de participación política – la nacionalidad y la ciudadanía –. El fenómeno de la globalización y los incesantes flujos migratorios de las últimas décadas han alterado para siempre la morfología del Estado nacional. Las excepciones establecidas en la normativa vigente son manifiestamente insuficientes y precisan ser repensadas jurídicamente. El vigente marco normativo permite, erróneamente, el que un buen número de extranjeros con un vínculo estable con el Estado queden al margen del proceso político. Una lectura adecuada del principio democrático debería posibilitar el que aquéllos que se hallan sometidos a un determinado ordenamiento jurídico y tengan una cierta relación de continuidad con el mismo – la residencia estable sería un indicador adecuado – participen en el proceso de creación del ordenamiento jurídico al que se encuentran sometidos.

**Hasta aquí** el marco analítico previo a la confirmación de las hipótesis planteadas en la Introducción de la presente Tesis Doctoral. La primera de ellas, establecida en el Capítulo III, se refiere a la incidencia directa que la ineficacia material del derecho de sufragio activo – representativo y directo – tiene en la crisis de

legitimidad del sistema democrático. El contenido formal del derecho de participación representativa del art. 23.1 CE tiene por protagonistas de la representación política a electores y elegidos. El art. 67.2 CE, directamente relacionado con el anterior, instituye formalmente el mandato representativo. Uno y otro dispositivo constitucional forman el núcleo del derecho de participación representativa. Su desarrollo, como es bien sabido, es función del legislador orgánico – en última instancia, los partidos mayoritarios –.

El derecho de participación representativa no se concibe sin la intermediación de los partidos políticos. El art. 6 CE les otorga las funciones de expresar el pluralismo político, conformar la voluntad general y les atribuye la condición de instrumentos fundamentales para la participación política. Esas funciones se manifiestan con especial intensidad durante un proceso electoral cuyo cénit debería ser el instante del ejercicio del derecho de participación representativo por el Cuerpo Electoral.

La *vis expansiva* que caracteriza a los derechos fundamentales exige que la intervención del legislador maximice la eficacia material del derecho de participación representativa. Y que lo haga respetando el mandato del art. 67.2 CE. Ello implica potenciar el vínculo elector-representante a través de la ley. No debe olvidarse que el derecho a elegir representantes es el principal elemento decisorio y manifestación de libertad política con que la ciudadanía cuenta en un sistema democrático. ¿O debería hablarse, a tenor del estado de cosas vigente, de *partitocracia*? La legislación vigente, convenientemente mantenida por el legislador orgánico – en definitiva, los partidos mayoritarios –, restringe desproporcionadamente la eficacia material del derecho de participación representativa al vaciar de contenido la relación elector – representante y sustituirla por una relación de dependencia del diputado a las directrices del partido.

El mandato representativo del art. 67.2 CE adolece de una severa distorsión motivada por la existencia de la disciplina de voto en la mayoría de los estatutos partidistas. El diputado ha de seguir fielmente en el ámbito parlamentario las directrices marcadas por los órganos directivos del partido. La desobediencia acarrea la imposición de diferentes sanciones estatutarias que, llegado el caso, pueden suponer la expulsión del grupo político y la pérdida de una futurible carrera política. Tales sanciones, si bien están desprovistas de eficacia jurídica directa sobre la titularidad y ejercicio del mandato, condicionan fuertemente la libertad jurídica del diputado. No sin razón, parte de la doctrina entiende que esta realidad da pie a un claro caso del fenómeno conocido

como *ilusión del jurista*. La persistencia de este fenómeno contamina la relación de representatividad que ha de existir entre electores y elegidos y otorga un plus de poder sin reconocimiento constitucional a unos partidos que han terminado por fagocitar el proceso representativo.

Una y otra realidad ha provocado la degradación del derecho de participación representativa a un mero formalismo jurídico vacío de contenido material. La libertad política del elector, garantía principal, ha sido secuestrada por los intereses de unos partidos que han pasado a ser protagonistas absolutos del proceso representativo. No hay como negar que los partidos han excedido con mucho las funciones que les son atribuidas por el art. 6 CE. La relación elector – representante se reduce a la ilusión de elegir una lista prefabricada por las cúpulas partidistas. La representación política acaba por tener como beneficiarios a unos partidos políticos cuyos intereses se desvían en no pocas ocasiones de los electores a los que teóricamente representan.

La eficacia material del derecho de participación política directo se encuentra igualmente en entredicho. Es, innegablemente, otro de los factores causantes del descrédito del sistema democrático. El marco constitucional vigente reduce sus vías de expresión – el referendo y la ILP – a poco menos que formalidades jurídicas desprovistas de eficacia material.

Comenzando por la ILP, las restricciones materiales y procedimentales establecidas por el legislador constituyente en el art. 87.3 CE impiden que cumpla su cometido esencial: posibilitar el que la ciudadanía proponga nuevos marcos legales que dinamicen la vida parlamentaria al dar respuesta a demandas no detectadas o insuficientemente atendidas por los representantes públicos. La sustracción material de los principales ámbitos de decisión pública, aquellos susceptibles de lograr un mayor interés participativo, la convierten en un instituto de participación fuertemente desnaturalizado. Otro tanto podría decirse de la imposibilidad de accionar la ILP en materia de reforma constitucional. Una restricción que contraría frontalmente el principio de soberanía popular.

Las restricciones procedimentales suponen el golpe de gracia para la eficacia material de la ILP. La exigencia de 500.000 firmas no tiene parangón en el Derecho Comparado europeo. Es, de lejos, una de las principales causas de rechazo de la

iniciativa como así muestran los datos empíricos traídos en este estudio. El *iter* procesal de la ILP no establece un marco normativo suficientemente garantista en favor de los promotores. Las fases de tramitación y elaboración parlamentaria son prerrogativa poco menos que absoluta de la Cámara. La imposibilidad de defender el texto de la ley en el Pleno y su retirada ante modificaciones que desnaturalicen la propuesta original la transforman en un instrumento jurídico cuya eficacia depende en última instancia de la buena voluntad de los representantes.

Los resultados del análisis sobre la vida funcional de este instituto de participación rebelan dos datos sorprendentes: a) La más que saludable insistencia de la ciudadanía en utilizar la ILP como elemento de dinamización de la vida parlamentaria; b) La altísima tasa de rechazo provocada por la desproporcionada severidad con que legislador constituyente y consecuentemente el orgánico se emplearon en esta materia.

El art. 87.3 CE debe ser reformado urgentemente. Mantener las actuales limitaciones materiales y procedimentales es del todo punto incompatible con una democracia que se dice participativa y que aspira a ser avanzada. Continuar hurtando la iniciativa legislativa en aquellas materias nucleares del proceso democrático es incompatible con el principio de soberanía popular. En este punto, se rebela especialmente útil la experiencia del Derecho comparado brasileño. La edición de la utilísima *lei da ficha limpa* habla por sí sola de la capacidad de la ciudadanía para corregir las deficiencias del sistema representativo cuando se le da la posibilidad de actuar en los ámbitos fundamentales de decisión. Un mérito aun mayor si se consideran las severas restricciones procedimentales establecidas en la CF 1988.

Idéntica conclusión cabe alcanzar en relación a la regulación constitucional y desarrollo legislativo dado al referéndum. La única modalidad de referéndum expresamente reconocida en el art. 92 CE es el referéndum consultivo. La incorrección técnica del dispositivo constitucional incide directamente en su escasa funcionalidad como instrumento de democracia directa. La calculada ambigüedad de la expresión *decisiones políticas de especial trascendencia* otorga al Gobierno una amplísima discrecionalidad a la hora de enjuiciar las circunstancias que caen dentro de su ámbito material. El legislador orgánico, haciendo gala de una preocupante desidia jurídica, no tipificó aquellas situaciones que pudiesen caer dentro del ámbito material de aquella expresión. La falta de efectos jurídicos directos habla por sí sola sobre las verdaderas

intenciones del legislador constituyente. El resultado final transmite una inseguridad jurídica notoria.

No son éstas las únicas lagunas que afectan a su funcionalidad como mecanismo jurídico de democracia directa. La exclusión del referéndum sobre proyectos de ley, que suelen contener las medidas de mayor relevancia para la vida política comunitaria, y la imposibilidad de activar el referéndum vía iniciativa popular contribuyen a su desnaturalización. Completa el círculo vicioso de incongruencias el dominio absoluto por los partidos políticos del proceso electoral referendario establecido en la LOMR. La participación ciudadana en materia de referéndum queda limitada a la ratificación o rechazo de la propuesta realizada por el Gobierno, aprobada en Cortes Generales y convocada formalmente por el Rey. Una situación tan incompatible con un modelo democrático mínimamente participativo como coherente con el objetivo de los partidos de centralizar y controlar la participación política.

Su revitalización pasa por la inclusión en el art. 92 CE del referéndum para la aprobación de proyectos de ley y su posible convocatoria a través de la iniciativa popular. Al legislador orgánico le compete perfilar el régimen jurídico del referéndum, concretando en el cuerpo de la LOMR el contenido de la expresión *decisiones políticas de especial trascendencia* e incluyendo la participación en el proceso electoral de otros actores sociales diferentes de los partidos políticos.

La hipótesis segunda se ha confirmado completamente. Se ha afirmado previamente que la actual regulación legal del derecho de participación representativa desnaturaliza su función principal al no establecer relación alguna entre diputado y elector. El derecho de sufragio activo se reduce a una fórmula de legitimación formal de la competición política. La libertad y elección garantizadas por el art. 23.1 CE no es más que la ratificación de unos representantes que son designados *ex ante* por las cúpulas dirigentes. Los verdaderos protagonistas del proceso representativo son los partidos. La contienda electoral se produce en su interior y al margen de electores y afiliados. El sistema de listas electorales cerradas y bloqueadas y la inexistencia de participación de aquéllos en la elaboración de las listas acaban por atribuir al partido la elección *de facto* de los representantes.

El vigente sistema electoral tenía por propósito original consolidar el sistema de partidos. Una premisa básica para apuntalar la incipiente democracia española. Este objetivo puede darse por satisfactoriamente cumplido. La solidez de nuestras instituciones democráticas permite reducir la injustificada dependencia del sistema electoral respecto de unos partidos férreamente disciplinados en su interior. La obstinada insistencia en mantener este sistema electoral responde al conservadurismo característico del Derecho electoral. Los partidos mayoritarios, beneficiarios del sistema, son los únicos que disponen de las mayorías necesarias para realizar las reformas necesarias y, como se puede fácilmente deducir, no parecen estar dispuestos a renunciar fácilmente a su posición de dominio del proceso electoral y representativo.

El modelo de listas cerradas y bloqueadas está totalmente agotado. Hoy día no aporta estabilidad alguna al funcionamiento de las instituciones. Todo lo contrario. Su gran “virtud” consiste en vaciar de contenido esencial el derecho de sufragio representativo. Otros efectos negativos para el sistema democrático son el estímulo de la apatía electoral, la pérdida de legitimidad social de las instituciones y la imposibilidad de ejercer una labor de control mínimamente eficaz sobre los gobernantes.

La adopción de un sistema de listas electorales abiertas reforzaría la eficacia material del derecho de sufragio representativo al permitir al elector la libre elección de los representantes públicos. Serían un factor de corrección de las desproporcionadas competencias que los partidos siguen atribuyéndose en el proceso electoral. Por extensión, traería los siguientes beneficios sobre el conjunto de la representación política: a) Revitalizar la libertad jurídica y política del diputado individual frente al partido; b) Fortalecer la identificación de los representantes con el Cuerpo Electoral en su conjunto; c) Posibilitar la labor directa de *accountability* sobre los representantes individualmente considerados. Es preciso recalcar, para no caer en errores de interpretación, que no se pretende afirmar que de la adopción del sistema de listas abiertas se derive *ipso facto* la solución a la crisis de representación política que afecta al sistema democrático español. El Derecho Electoral es parte de un problema cuya solución afecta a otras áreas del Derecho como el de partidos, el penal, etc.

Los beneficios de la adopción de un sistema de listas abiertas se proyectarían igualmente sobre el art. 6 CE. El actual sistema de listas cerradas y bloqueadas hace depender la inclusión del afiliado o la repetición del diputado en las listas electorales de



criterios más parecidos con la endogamia y la cooptación que con un proceso competitivo interno rodeado de las pertinentes garantías democráticas. Las listas abiertas, al reforzar la posición del diputado frente a las cúpulas, traería dos efectos beneficiosos para la vida interna del partido: a) La corrección de la endogamia y cooptación practicada por las cúpulas directivas; b) El refuerzo de la libertad de opinión y el pluralismo interno en los partidos.

El sistema de listas abiertas plantea algunos interrogantes apuntados por la doctrina. De entre ellos, se destaca la posible fracturación de la unidad interna del partido provocada por la competición interna entre los aspirantes. Tales críticas han sido objeto de análisis y contestación. Su pertinencia parcial no justifica el mantenimiento de un sistema que, y esto es lo esencial, vacía de contenido esencial el derecho de sufragio representativo. El derecho de participación representativa debe tener por protagonista al ciudadano. Los partidos deben limitarse a su papel de cooperadores necesarios en la articulación del proceso electoral.

Las disfunciones originadas por el actual sistema de listas se proyectan igualmente al interior de los partidos. La selección de los candidatos es la principal función que realizan los partidos políticos. Puede afirmarse sin miedo a equívocos que se trata de un momento de especial importancia para la vida política del país. De su correcta realización depende la correcta configuración de la voluntad popular y a renglón seguido de las instancias representativas.

La fuerza de los argumentos aquí relatados no impide el que los partidos – sus cúpulas dirigentes – continúen conformando las listas electorales “gracias” a unos estatutos cuya regulación suele ser mínima y superficial. Las normas estatutarias están dotadas de una flexibilidad que busca priorizar las vicisitudes e intereses de los partidos frente a la democraticidad de los procedimientos. Controlar el procedimiento es bien más importante que democratizar el procedimiento. Esta práctica produce una notable inseguridad jurídica en el conjunto de los afiliados al tiempo que dificulta extremadamente el control jurisdiccional de los procedimientos electivos.

La conexión existente entre el artículo 6 y 23 CE permite revertir, *ex lege*, este estado de cosas. El legislador puede y debe obligar a los partidos a adoptar un procedimiento de selección de los candidatos que: a) Ponga fin a la inseguridad jurídica

actual; b) Promocione la transparencia y la responsabilidad; c) Estimule la participación de los afiliados y; c) Garantice el control jurídico de los mismos. Este conjunto de medidas hará con que el derecho de sufragio pasivo del art. 23.2 CE se ejerza con las garantías lógicas de acuerdo a su condición de derecho fundamental. La reforma debe, no obstante, permitir que los partidos la adapten en función de sus planteamientos ideológicos.

El conjunto de estas reformas no busca la sustitución de la representación como eje de la democracia española. La pretensión es reequilibrar las funciones que la ciudadanía y los partidos, de acuerdo a la letra y espíritu de la CE, deben desempeñar. Los ciudadanos, siendo titulares de un derecho de participación política – representativa y directa – formal y materialmente eficaz. Los partidos como instrumentos fundamentales de la participación política de acuerdo con el art. 6 CE. La propia significación del vocablo instrumentos les impide seguir manteniendo la condición de protagonistas absolutos del sistema político.

La tercera hipótesis de esta Tesis doctoral se centra en la vigente regulación normativa del derecho de participación política y su repercusión en la crisis *en* el sistema democrático brasileño. Tres han sido los factores de análisis. Los dos primeros inciden directamente en el derecho de sufragio activo, a saber: a) Las distorsiones que en la representación política provoca una desorbitada tasa de infidelidad partidaria; b) La ineficacia material de los mecanismos de participación directa y semidirecta. El tercer factor incide en el correcto ejercicio de un derecho de sufragio pasivo severamente alterado por la permanencia en las instituciones representativas de un alto porcentaje de representantes públicos condenados por delitos incompatibles con el ejercicio de la función pública.

Los datos numéricos puestos de manifiesto en el Capítulo IV revelan un manifiesto abuso y deformación de la naturaleza y funciones del mandato electivo en la *Câmara dos Deputados*. Su función principal, el ser una garantía para el normal ejercicio de las funciones representativas, ha sido sustituida por un uso abusivo del diputado en beneficio exclusivamente propio. Realidad que supone una ofensa al principio democrático, al legítimo ejercicio del poder y, no menos importante, una manipulación fraudulenta de la voluntad del elector.

La doctrina mayoritaria viene proponiendo dos medidas complementarias para atajar el mal de la infidelidad partidaria y, consecuentemente, revigorar la representación política: a) La sustitución del mandato representativo del art. 44 CF por el mandato de partido; b) El cambio del sistema de listas abiertas vigente por uno de listas cerradas y bloqueadas. Según aquellos, los principales beneficiarios de una y otra medida serían unos partidos políticos tradicionalmente frágiles en su dinámica orgánica.

La medida declarada en sede judicial, aparte de su ya analizada inconstitucionalidad, no es la solución idónea. La adopción del sistema de listas cerradas tendría dos efectos claramente adversos para la revitalización democrática: a) el refuerzo de las tendencias oligárquicas de los partidos; b) La mutación del derecho de sufragio representativo en un mero formalismo jurídico. La experiencia de derecho comparado español debería disuadir al legislador brasileño de adoptar tales medidas.

Otorgar la titularidad del mandato al partido haría de estos detentores patrimoniales de cientos de cargos públicos. Una decisión que tendrían efectos perniciosos tanto en el ámbito de la representación como, sobre todo, en la dinámica interna de los internos. La cúpula directiva dispondría de una cuota de poder irresistible sobre el afiliado y los representantes. Los primeros, al querer aspirar a un cargo electivo, deberán adherir incondicionalmente la línea de actuación de los dirigentes. Los segundos, los representantes, se convertirían en una caja de resonancia de la línea de actuación decidida por la cúpula. Ello redundaría en un mayor empobrecimiento, si cabe, del debate político.

Lejos de recomponer la autenticidad del sistema representativo tal medida puede ocasionar distorsiones aún más gravosas que las que pretenden corregir. Mención aparte merece la mutación que sufriría el ejercicio del derecho de sufragio en su vertiente partidaria ante procesos férreamente controlados desde la dirección nacional. El legislador, si verdaderamente quiere propiciar el fortalecimiento de los partidos, debería comenzar introduciendo el principio de democracia interna en sede constitucional como instituto orientador de su estructura y organización interna. La concreción del mismo debe establecerse en una *lei dos partidos políticos* que establezca un marco legal de obligada presencia en los Estatutos y cumplimiento por los dirigentes y militancia.

Esta afirmación encuentra apoyo en la praxis política que sobre la jurisprudencia del TSE y STF vienen haciendo los partidos desde las elecciones de 2008. Como se ha comprobado en el Capítulo IV, son frecuentes los casos de pérdida de titularidad del mandato sin otra justificación que la conveniencia y discrecionalidad de las cúpulas dirigentes. Tal uso indiscriminado no favorece precisamente la estabilidad institucional y la recuperación de la autenticidad representativa. La conversión del mandato representativo en arma arrojadiza e instrumento de presión en manos de las cúpulas dirigentes tiene un doble efecto pernicioso sobre el sistema representativo: a) Falsea en mayor medida si cabe la representación política, al subordinar los intereses de los electores a los propios del partido; b) Dificulta extremadamente la ya de por sí compleja e irretrasable labor de democratización interna de los partidos brasileños.

La solución no pasa por otorgarles el control absoluto del proceso representativo. Todo lo contrario. La recuperación de la autenticidad de la representación política requiere de dos medidas complementarias que tiene a los partidos por protagonistas directos. La primera de ellas es la democratización de los procedimientos electivos internos, *conditio sine qua non* de la autenticidad de la representación y, por extensión, clave de bóveda de la vigencia real del derecho de sufragio pasivo. La desmedida cooptación de las élites dirigentes – con familias que llegan a constituir auténticos clanes intergeneracionales – es un falseamiento de la representación política en origen abiertamente condenable. Mientras la igualdad de oportunidades, garantía de vigencia real del derecho de sufragio, no sea realidad en el interior de los partidos, la legitimidad de origen de la representación política estará seriamente entredicho.

Otra medida igualmente útil y trasladable desde la experiencia comparada española es la adopción de acuerdos al estilo del Pacto Anti Transfugismo suscrito por los principales partidos españoles – lamentable desplazado en su escrupulosa aplicación por intereses cortoplacistas –. La restricción de las prerrogativas individuales de los parlamentarios, con el límite del contenido esencial de los derechos del parlamentario al ejercicio del cargo, se ha rebelado una medida acertada en la contención de este mal. Nada impide afirmar que en un sistema como el brasileño, donde el diputado individual dispone de amplias capacidades legislativas y prerrogativas económicas, la adopción de

reformas en esta línea sería un instrumento útil en la reconducción de la infidelidad partidaria.

El descrédito de las instituciones representativas brasileñas encuentra otro vector en la manifiesta ineficacia de la vertiente directa del derecho de sufragio activo. La regulación constitucional y desarrollo legislativo reproduce algunos vicios propios de la democracia directa española, siendo un claro obstáculo a la necesaria apertura democrática del sistema. El objetivo final de este derecho es hacer titulares a los ciudadanos de determinadas prerrogativas de intervención directa en la creación y/o ratificación de las normas legales. En vez de ello, el ejercicio de la democracia directa y semidirecta está en manos de los representantes políticos. El art. 49, XV CF imposibilita de raíz el ejercicio de la democracia directa al atribuir al *CN* la competencia exclusiva para la autorización de referendo y convocatoria de plebiscito. Es el *CN* el órgano que dispone y decide sobre *cómo, cuándo, qué y quienes* podrán participar en la creación de nuevas leyes o ratificación de las existentes. De esta forma, la proyección normativa del principio de democracia participativa del art. 1 CF es manifiestamente contradictoria al contenido de la misma.

La regulación interesadamente imprecisa del ámbito material de referendo y plebiscito es prueba evidente de esta afirmación. La expresión *materia de acentuada relevancia constitucional, legislativa o administrativa* recuerda notablemente a la utilizada por el legislador constituyente español. La imposibilidad de convocatoria de plebiscito a través de iniciativa popular es manifiestamente contraria al principio de soberanía popular.

La ambigüedad de la declaración constitucional del art. 49, XV CF no fue aprovechada por el legislador democrático para maximizar la eficacia de este derecho fundamental. Podría, en efecto, haber posibilitado la realización del plebiscito de cumplirse determinados requisitos procedimentales. De igual forma, hubiera resultado más acorde al principio de democracia participativa reducir el papel del *CN* a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el legislador. Este cuadro institucional, el de la imposibilidad de solicitar a través de iniciativa popular la realización de plebiscito, permite afirmar concluyentemente que el art. 14, I CF es poco más que pura retórica constitucional.

La regulación constitucional del referendo dista igualmente de ser acorde a su condición de proyección material del derecho de sufragio activo directo. El art. 49, XV CF reproduce las condiciones procesales ya vistas en el plebiscito. La competencia de convocatoria del referendo es exclusiva del CN. Tampoco cabe la iniciativa popular para solicitar su convocatoria. Llama igualmente la atención la no tipificación de las circunstancias que den lugar a la convocatoria obligatoria de referéndum.

La ineficiencia regulatoria alcanza igualmente al legislador democrático. La dinámica procesal establecida en la *lei 9.709/98* es manifiestamente contradictoria. El art. 8 protege el pluralismo informativo. El art. 11 restringe el periodo informativo a 30 días a contar a partir de la convocatoria del CN. El art. 12 entrega la regulación de los pormenores procedimentales al RCCN. Un marco excesivamente restrictivo con la necesaria libertad y amplitud de debate e información que debe presidir las decisiones referendarias.

La regulación legal vigente del referendo refuerza la posición de dominio y control atribuida por el art. 49, XV CF al CN. La conclusión que se extrae es similar a la establecida en el caso español: los representantes tienen el control absoluto de unos mecanismos de participación que, precisamente por su naturaleza directa, deberían empoderar principalmente a la ciudadanía. El papel de los representantes debería ser, si se habla de democracia directa y semidirecta, el de cooperadores necesarios.

La reforma del art. 49, XV CF es irretasable. Plebiscito y referendo deben poder convocarse mediante petición expresa de la iniciativa ciudadana y siempre que sean atendidos determinados requisitos procedimentales proporcionales. Se descartan completamente soluciones analógicas al estilo de las condiciones del art. 61, § 2 CF.

La regulación de la democracia semidirecta – la iniciativa popular – en el cuerpo de la CF arroja luces y sombras. Entre las luces, debe destacarse que el legislador constituyente brasileño no imposibilitó la presentación de iniciativas legislativas en materias especialmente sensibles. No hay restricciones materiales a excepción de las competencias privadas de los poderes públicos del art. 61, § 1º, incisos I y II CF. La iniciativa popular deviene un derecho político colectivo de eficacia práctica marginal “gracias” a la desproporción de los requisitos procedimentales del art. 61, § 2 CF. El estudio de Derecho Constitucional comparado latinoamericano aquí

realizado permite calificarlos como leoninos aun teniéndose en cuenta las condiciones peculiares del gigante sudamericano.

El desempeño del legislador en la concreción del régimen jurídico de la iniciativa popular en la *lei 9.709/98* debe calificarse de mediocre. El instrumento referente de la participación política ciudadana fue merecedor de ¡dos! artículos. El legislador, empleando una técnica legislativa cuanto menos sorprendente, entendió adecuada la remisión al Reglamento Interno de las Cámaras de los detalles procedimentales que afectan a la iniciativa popular.

El iter procedimental establecido en la *lei 9.709/98* arroja una conclusión similar a la LOILP: la tramitación y elaboración parlamentaria de la ley queda bajo el control absoluto de la *Câmara dos Deputados*. La posición de los Promotores en la fase de elaboración parlamentaria es la de meros espectadores. Este resultado no debe causar extrañeza si se repara en la desidia técnica de que hizo gala el legislador. Su apatía habla por sí sola respecto de la intención de dotar a la IP de autentica eficacia material.

La reforma constitucional del art. 61, § 2 CF es urgente. Redimensionar los requisitos procedimentales de forma que estimule la participación ciudadana; fomentar la transparencia procesal y, por último, permitir la interacción de la Comisión Promotora con la *Câmara dos Deputados*, son medidas que harán de la IP un derecho de participación política materialmente eficiente.

El derecho de sufragio activo directo es, en el marco de la regulación constitucional y desarrollo legislativo vigente, poco menos que pura retórica constitucional. Las contradicciones entre el principio de democracia participativa del art. 1, *caput*, CF y la evidente desproporción en la restricción de los mecanismos participativos del art. 14, I, II, III CF establecidos en sede constitucional y legal hacen del mismo un derecho severamente desnaturalizado.

El legislador democrático es igualmente responsable de este inaceptable escenario. La primera crítica se dirige hacia su desidia a la hora de cumplir el mandato de reserva de ley de desarrollar el régimen jurídico de la democracia directa y semidirecta establecido en el art. 14 CF. La ley fue aprobada en el año 98, es decir, se precisaron 10 años para desarrollar el régimen jurídico de un derecho nuclear para la

democracia. La inusitada tardanza, reprochable, es aun menos comprensible ante la manifiesta mediocridad de la técnica legislativa empleada.

El tercer factor de análisis que repercute en la crisis de la democracia representativa brasileña tiene por epicentro el derecho de sufragio pasivo. El acceso y permanencia en el cargo público exige el cumplimiento no solo de las condiciones de elegibilidad. También no incurrir en causa de inelegibilidad. Este marco teórico se contradice con la alta tasa de permanencia en las Casas Legislativas de representantes condenados por la comisión de delitos incompatibles con la función pública. Esta situación, inasumible en un Estado democrático de Derecho, se veía favorecida por la existencia de una legislación insuficiente en materia de probidad administrativa, la LC 64/90, y un sistema recursal especialmente dilatorio de asunción de responsabilidades penales.

La interpretación que los Tribunales venían dando a la pérdida del mandato es que el mismo precisaba, de acuerdo al principio de presunción de inocencia del art. 5, LVII y la eficacia de cosa juzgada para la pérdida y suspensión de derechos políticos del art. 15, III CF, de la firmeza judicial. El legislador, presionado por la ciudadanía, se vio impelido a aprobar un marco regulatorio que pusiese fin a esta práctica: la *lei da ficha limpa*.

Las críticas a la inconstitucionalidad de la ley por violar el principio de presunción de inocencia son manifiestamente erróneas al partir de una concepción equivocada de la naturaleza de la inelegibilidad y el alcance de la presunción de inocencia en el ámbito electoral. La inelegibilidad no es medida de naturaleza punitivo-criminal ni administrativa. Es una prohibición de naturaleza preventiva, fundada en los principios constitucionales de moralidad y probidad administrativa del art. 14, § 9 CF.

El otro vector de la polémica se refiere a la extensión analógica de los efectos de la presunción de inocencia, de marcado carácter penal, al ámbito electoral. El ámbito electoral está presidido, por expreso deseo del legislador constituyente, por principios y valores propios: los principios de la moralidad y probidad administrativa y la legitimidad de las elecciones del art 14, § 9 CF. En el ámbito electoral, a diferencia del penal, no es determinante la culpa efectiva del infractor. La comprobación de culpa objetivamente comprobada mediante sentencia condenatoria emitida por órgano



colegiado es condición suficiente para la declaración de inelegibilidad. Mediante ella, se restringe el ejercicio de un derecho individual en beneficio de un bien jurídico de trascendencia colectiva. La condición de representante es una concesión social, cuyo ejercicio exige una dignidad y moralidad social y legalmente comprobada.

La *lei da ficha limpa* es igualmente respetuosa con el juicio de proporcionalidad que debe satisfacer toda norma restrictiva de derechos fundamentales. La existencia de recurso suspensivo de la declaración de inelegibilidad es una garantía adicional que hace de la misma un marco normativo perfectamente constitucional y de indudable utilidad en la necesaria tarea de saneamiento moral de las instituciones representativas.

La cuarta hipótesis, que tiene por protagonistas a los partidos españoles y brasileños, se ha confirmado igualmente en el Capítulo V. Los partidos son asociaciones de naturaleza privada que desempeñan funciones esenciales para el sostenimiento de la democracia representativa. La CF y el legislador democrático los consideran organizaciones imprescindibles a las que, entre otras funciones, les corresponde garantizar la autenticidad de la representación y la defensa de los derechos fundamentales. La centralidad de los partidos se resume en la obligatoriedad de afiliación como condición de elegibilidad establecida en el art. 14, § 3, V CF. El art. 6 CE los convierte igualmente en protagonistas principales del juego político al reconocerlos como expresión del pluralismo político, concurrentes a la formación de la voluntad general y declararlos instrumentos fundamentales de participación política.

La relación Estado-partidos es un aspecto conflictivo del Derecho de partidos. El entendimiento que del mismo se ha realizado en uno y otro texto constitucional presenta diferencias sustanciales con repercusión directa en la democratización del sistema político. El principio cardinal que preside las relaciones con el Estado es del libertad y autonomía de organización partidaria. La diferencia radica en los límites normativos impuestos a dicho principio. En el modelo español el legislador constituyente armonizó ambos en el art. 6 CE al afirmar que la libertad de creación y funcionamiento de los partidos ha de ejercerse de acuerdo a la Constitución y la ley. A renglón seguido estableció el límite expreso en la necesaria organización y funcionamiento interno democráticos. Un límite que por el momento dista de tener un desarrollo normativo adecuado.

La opción del legislador constituyente primó la libertad frente al Estado antes que la libertad en el partido. Esta opción estuvo fuertemente influida por razones de corte histórico como acabar con un pasado de intervencionismo estatal que en nada favorecía la consolidación y estabilidad del sistema de partidos. Puede afirmarse que la CF es en materia de partidos, con mucho, el texto constitucional más liberal de la historia brasileña.

Los partidos brasileños disponen de un amplísimo margen de libertad de configuración y estructura interna. La norma referente no es la ley de partidos. Los Estatutos son elevados, por obra de la jurisprudencia del TSE, a normas de naturaleza similar a las *leis complementares*. Cualquier discrepancia con la *lei dos partidos* se resuelve en favor de las normas estatutarias. Esta línea hermenéutica, que consideramos errónea, restringe desproporcionadamente las posibilidades de fiscalización estatal en la vida interna de los partidos.

El principio de libertad y organización interna no es incompatible con la introducción en sede constitucional del principio de democracia interna. Muy al contrario. La democracia interna es una garantía adicional en favor del cumplimiento de las funciones que los partidos tienen encomendadas en la CF 1988. Su adecuada configuración jurídica contribuiría a reforzar la vigencia real del derecho de sufragio pasivo.

La configuración democrática de las estructuras representativas depende, como se ha visto, de los partidos. Tal función excede con mucho la dimensión privada de los mismos, posibilitando la intervención del legislador con objeto de garantizar, *ex lege*, las prácticas democráticas en sus estructuras organizativas y funcionales. La principal función que cumplen los partidos, el reclutamiento de las élites políticas y su presentación al Cuerpo Electoral, no responderá a cánones democráticos de no garantizarse la participación política de los afiliados en condiciones de igualdad en su doble dimensión: como elector y como elegible. Seguir considerando el desarrollo de esta función como una materia *interna corporis* refractaria a los principios de seguridad jurídica, transparencia, responsabilidad, igualdad de oportunidades y control jurisdiccional supone colocar en jaque la vigencia real del derecho de sufragio pasivo.

En el modelo español las deficiencias de la vigente LOPP en materia de democracia interna, junto a las ambigüedades de los estatutos de las principales fuerzas políticas españolas impiden calificar a los partidos españoles como organizaciones reconocidamente democráticas. El mandato de democracia interna del art. 6 CE sigue siendo un dispositivo constitucional lejos de tener un grado de cumplimiento mínimamente satisfactorio. Los procesos electivos internos continúan siendo prerrogativa manifiesta de las cúpulas dirigentes donde la militancia poco o nada tiene que decir. Puede afirmarse, en términos más prosaicos, que la puerta de entrada que posibilita el correcto ejercicio del derecho de sufragio pasivo sigue cerrada con doble llave para la gran mayoría de los afiliados.

Esta situación de falta de democracia interna se reproduce a mayor escala en el interior de los partidos brasileños. Una situación que encuentra su origen en la decisión del legislador constituyente, calificable de insólita, de primar de modo absoluto la libertad de autoorganización de los partidos y hacer de los Estatutos la norma de referencia en materia de partidos. La *lei de partidos políticos* queda reducida a un cuerpo subsidiario en la regulación de la vida funcional de los partidos.

El análisis de los estatutos de los principales partidos de ámbito nacional con capacidad real de llegar al poder – PT y PSDB – rebela la conveniencia de reformar el marco normativo vigente. El estudio de sus normas de organización y relaciones entre los diferentes niveles de dirección territorial – nacional, estatal y municipal – evidencia la existencia de una estructura férreamente jerarquizada incompatible con principios elementales de la democracia que los partidos no están exentos de cumplir en el ejercicio de sus funciones.

Los directorios nacionales se encuentran investidos de un elenco de competencias prácticamente irresistible. De entre ellas disponen de la facultad de sustituir a las cúpulas dirigentes estatales y municipales mediante procedimientos insuficientemente garantistas con los derechos de dirigentes y afiliados. La *lei dos partidos políticos*, como es de suponer dada su condición subsidiaria, no arroja solución alguna a esta situación. El resultado obtenido es una notable inseguridad jurídica entre los afiliados y una cuestionable dependencia de los órganos territoriales descentralizados sobre la dirección nacional.

Similar afirmación puede realizarse respecto de los derechos fundamentales de los afiliados en el seno de los partidos. Los derechos de participación y control de la labor de los dirigentes partidarios son difusamente reconocidos y severamente limitados en favor de los órganos directivos. En el juego dialéctico entre la libertad de acción del afiliado y el interés colectivo de la organización la balanza se decanta notoriamente en favor del aparato partidario. Este marco resulta incompatible con la función de defensa de los derechos fundamentales que el art. 1º de la *lei dos partidos políticos* les encomienda y que lógicamente deben encontrar adecuada proyección en el interior de las organizaciones partidarias.

Capítulo aparte merece la configuración de los procesos electivos internos de los que posteriormente saldrán los candidatos electorales. Es en este punto en el que la exigencia de promoción de los derechos fundamentales debería gozar de mayor cobertura jurídica. La vigencia real del derecho de sufragio pasivo depende, en primera instancia, de la articulación de procedimientos que promuevan la igualdad de oportunidades entre los candidatos. Una afirmación que adquiere mayor trascendencia ante la prohibición constitucional de formar agrupaciones de electores. El estudio de los estatutos ha puesto en evidencia la existencia de un marco antagónico al aquí descrito. Los procesos de elección, puede afirmarse, están lejos de proveer la igualdad de oportunidades entre los diferentes candidatos.

El control de la labor de los dirigentes al que todo partido democrático debería someterse, la conocida *accountability*, dista de obedecer a unos cánones mínimamente garantistas. La renovación de los cargos dirigentes está sujeta a la supervisión de los organismos jerárquicamente superiores. La militancia tiene un margen de actuación en muchos casos meramente testimonial. Ambas realidades inducen a pensar el que los criterios de permanencia y/o renovación de los órganos de dirección se asemejan más con la lealtad y disciplina que con la aprobación de la gestión y el control ejercido por el conjunto de la militancia afectada y la posibilidad de renovar libremente la confianza en los mismos.

La conjunción de estos factores permite afirmar que la organización y funcionamiento interno de los dos grandes partidos políticos brasileños – aquéllos que vienen gobernando el país desde la reinstauración de la democracia – no cumplen estándares mínimamente democráticos ni a nivel organizativo, ni de promoción de los

derechos fundamentales, ni de ejercicio de la *accountability* en su interior. Los directorios nacionales ejercen un poder coactivo irresistible frente a los órganos jerárquicamente inferiores. Los derechos de los afiliados no estimulan convenientemente la labor de control y rendición de cuentas de los dirigentes. Los procedimientos electivos internos no promocionan la igualdad de oportunidades entre los afiliados. Los procesos sancionatorios arrojan demasiadas dudas sobre su independencia, objetividad y garantías jurídicas.

Los partidos políticos, como hemos afirmado precedentemente, cumplen funciones elementales para el sostenimiento de la democracia representativa. La propia *lei dos partidos* les atribuye en su artículo 1º dos de primerísimo orden: el garantizar la autenticidad del sistema representativo y el defender los derechos fundamentales definidos en la CF. La consecución de tales fines cristaliza en unos estatutos que por decisión del legislador constituyente y obra de la jurisprudencia del STF se imponen al contenido de la *lei dos partidos*. El análisis documental del marco estatutario de los dos principales partidos rebela demasiados puntos ciegos en el adecuado cumplimiento de las funciones que a los partidos cabe exigir.

Es urgente restablecer el equilibrio en las relaciones Estado-partidos. Y hay que hacerlo por vía de reforma constitucional y legal. El actual marco jurídico es del todo punto incompatible con la necesaria regeneración de la representación política. El art. 17 CF ha de incluir el principio de democracia interna con una doble función: como límite expreso al principio de libertad de organización y autonomía interna y como garantía del correcto cumplimiento de las funciones que legalmente le son encomendadas a los partidos. El derecho de autoorganización no ha de seguir sirviendo de carta blanca a los partidos para articular la vida interna de los partidos libre de toda injerencia estatal. Las funciones que realizan escapan con mucho a su ámbito interno. Tienen, como se ha demostrado aquí, repercusión directa en la vigencia real del derecho de participación política y, por extensión, en el conjunto del sistema representativo. Una realidad que justifica y exige un marco legal perfilado y garantista.

La *lei dos partidos políticos* vigente precisa ser reformada incorporando un marco organizacional y un catálogo de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales que haga posible la participación y el control de la labor de los dirigentes por los afiliados y otorgue un mínimo de autonomía funcional a los diferentes

entes territoriales en que los partidos se articulan. La norma legal debe tener un contenido imperativo en la definición de los parámetros generales de organización y estructura interna que los estatutos deberán reproducir en su interior. El grado de abstracción debe ser tal que permita a los partidos la definición en detalle de los medios en función de sus fines ideológicos.

La superación de la crisis *en* la democracia representativa española y brasileña requiere, como reflexión que pone punto y final a esta investigación, restablecer la correlación de fuerzas entre la ciudadanía y los partidos políticos. Los ciudadanos deben recuperar su condición de titulares supremos del poder político. Ello exige impulsar su participación decisiva e influyente en las estructuras representativas estatales desde la Constitución y la ley. Los partidos precisan iniciar un camino de apertura y democratización de sus estructuras internas. Transformación que, a la luz de la experiencia política habida desde la reinstauración democrática, solo puede producirse mediando la acción directa de los poderes públicos con los límites aquí puestos de manifiesto. La conjunción de un derecho de participación política materialmente eficiente y un régimen jurídico de los partidos norteado por el principio de democracia interna permitirá seguir avanzando en la siempre difícil misión de construir sociedades democráticas auténticamente participativas.

## BIBLIOGRAFIA

ABAJO QUINTANA, Joaquín José; BESTEIRO RIVAS, Jesús. Inelegibilidades e incompatibilidades. In SAINZ MORENO, Fernando (Coord.). *Reflexiones sobre el régimen electoral*. Madrid: Congreso de los diputados, 1997, pp. 85-218.

ABREU DALLARI, Dalmo de. *Elementos de teoria geral do Estado*, 16 ed. act. e ampl. São Paulo: Saraiva 1991.

AFFONSO, Almino. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, 1996, pp. 11-27.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. Referéndum. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional, 2 ed.* Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 148-55.

\_\_\_\_\_. Los derechos políticos. In AGUIAR DE LUQUE, Luis (coord.). *Constitución, estado de las autonomías y justicia constitucional (libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp.449-78.

\_\_\_\_\_. Democracia directa e Instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español. In TRUJILLO, Gumersindo *et al.* *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 67-98.

\_\_\_\_\_. Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales. *Revista de Derecho Público*, n. 102, 1986, pp. 5-16.

\_\_\_\_\_. Artículo 23. Derecho de participación. In ALZAGA VILLAAMIL (Dir.) *Comentarios a las Leyes Políticas*. Madrid: Edersa, 1984.

\_\_\_\_\_. *Democracia directa y derecho constitucional*. Madrid: Edersa, 1977.

AGUILERA DE PRAT, Cesáreo R. El uso del referéndum en la España democrática (1976-1986). *Revista de Estudios políticos* (Nueva Época), n. 75, 1992, pp. 131-63.

AJA, Eliseo; MOYA, David. El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. In *“Los extranjeros ante las administraciones públicas”*. Madrid: Ministerio de Educación y Ciencia, 2005, pp. 65-81.

ALÁEZ CORRAL, Benito. La progresiva construcción democrática de la ciudadanía. In COSTA, Prieto; ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad y ciudadanía*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2008, pp. 81-94.

\_\_\_\_\_. Nacionalidad y ciudadanía en la imputación democrática de la soberanía. In COSTA, Prieto; ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad y ciudadanía*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2008a, pp. 95-119.

\_\_\_\_\_. Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional. *Historia Constitucional (revista electrónica)*, n.6, 2005, pp. 29-76.

\_\_\_\_\_. *Los límites materiales a la reforma de la Constitución de 1978*. Madrid: Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 2000.

ALCÁNTARA SAEZ, Manuel; MARENGHI, Patricia. Los mecanismos de la democracia directa: argumentos a favor y em contra desde la teoría de la democracia. *Revista de Derecho Electoral*, n.4, 2007, pp. 1-25.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALONSO DE ANTONIO, José Antonio; MARTÍNEZ FERRERO, Pilar. Propuestas de reforma de la Ley Orgánica de Iniciativa Legislativa Popular. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 86, 1996, pp. 567-76

ALTMAN, David. Plebiscitos, referendos e iniciativas populares em América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados? *Perfiles latinoamericanos: revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, n.35, 2010, pp. 9-34.



ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de derecho constitucional*, 6 ed, 1ª reimp. Madrid: Tecnos, 2009.

AMARAL, Roberto. Apontamentos para a reforma política. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa. *Revista de Informação Legislativa*, n. 151, 2001, pp. 29-65.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 120, 1993, pp. 159-95.

ARAGÓN, Manuel. La iniciativa legislativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 16, 1985, pp. 287-312.

ARAGÓN REYES, Manuel. Soberanía. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho, Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2 ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 103-6.

\_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Constitucional*, 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

\_\_\_\_\_. Artículo 1. In CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

\_\_\_\_\_. Democracia y Parlamento. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008a, pp. 129-55.

\_\_\_\_\_. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989.

\_\_\_\_\_. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 24, sept.-dic. 1988, pp. 9-45.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. La nueva ley de iniciativa legislativa popular. *Revista española de derecho constitucional*, n. 78, 2006, pp.187-218.

ARAS, Augusto. *Fidelidade e ditadura (intra) partidárias*. São Paulo: Edipro, 2011.

\_\_\_\_\_. *Fidelidade partidária. A perda do mandato parlamentar*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

ARAUJO, Jô de. *Cidadania e poder. A revolução democrática inacabada, da Antiguidade ao Brasil de hoje*. São Paulo: Annablume, 2011.

ARINOS DE MELO FRANCO, Afonso. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*, 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1980.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Encuesta sobre el régimen electoral. Sistemas electorales y Estado de Partidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 22, 2008, pp. 13-15.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Encuesta sobre el régimen electoral. Sistemas electorales y Estado de Partidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 22, 2008, pp. 15-18.

\_\_\_\_\_; ABELLÁN MATESANZ, Isabel María. Sobre la presentación y proclamación de candidaturas. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 117, 2002, pp. 145-72.

\_\_\_\_\_. Las Juntas Electorales: un modelo institucional de control de los procesos electorales. In PAU I VALL, Francesc. *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp. 85-95.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo. *Representación política y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ASSIS CABRAL, Francisco de. Art. 60. In COSTA MACHADO (Org.). *Constituição Federal Interpretada*, 3 ed. São Paulo: Manole, 2012, pp. 424-31.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio. Administración electoral. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2 ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 282-6.

---

\_\_\_\_\_ . Recursos contra actos electorales. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional, 2 ed.* Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp.306-11.

ASTARLOA VILLENA, Francisco. La iniciativa legislativa popular en España. *Teoría y realidad constitucional*, n. 10-11, 2002, pp. 273-321.

ATAÍDE ALVES, Fabio Wellington. O teste de alfabetização do pré-candidato a cargo eletivo: a concretização do art. 14, § 4º, da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, 152, pp. 67-78.

AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 43-62.

AYRES BRITTO, Carlos. A Constituição e o monitoramento de suas emendas. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n.1, 2005, pp. 1-16.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. La dimensión constitucional del procedimiento electoral. *Teoría y realidad constitucional*, n. 10-11, 2002, pp. 425-43.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco *et al.* *Manual de Derecho constitucional (Vol. II)*, 6 ed. Madrid: Tecnos, 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Possibilidades e limites da reforma constitucional na Espanha no contexto do Estado Autônomo integrado na União Europeia. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 6, 2009, pp. 100-30.

BARAS, Montserrat; BOTELLA, Juan. *Temas clave de la Constitución española. El sistema electoral*. Madrid: Tecnos, 1996.

BARBOSA, Alaor. Partidos políticos: aspectos do fenômeno. *Revista de Informação Legislativa*, n. 103, 1989, pp. 191-230.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. Preâmbulo da CR: Função e normatividade. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 105-7.

BARBER, Benjamin. *Strong Democracy, Participatory Politics for the new age*, 2 ed. California: University of California Press, 2003.

BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. Pluralismo político. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 135-40.

BARRETTO, Lauro. *Investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo*, 2 ed. rev. e ampl. Bauru: Edipro, 1.999.

BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988. A reconstrução democrática do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 179, 2008, pp. 25-37.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

BASILE, Felipe. A reforma política além da reforma eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, n. 187, 2010, pp. 77-89.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. La función constitucional de los partidos. In PAU I VALL, Francesc (coord.). *Parlamento y partidos políticos. XV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 21-40.

\_\_\_\_\_.Presentación. In COSTA, Prieto; ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad y ciudadanía*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2008, pp. 9-18.

\_\_\_\_\_. *et al.* Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978. Madrid: Tecnos, 2005

\_\_\_\_\_. De las defensas y aperturas de la Constitución. In LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (Coords). *La defensa del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 15-29.

\_\_\_\_\_. La quiebra de la representación política. In BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. FUNDAMENTOS (3/2004). Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. *La Representación Política*. Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 2004, pp.284-346.

\_\_\_\_\_. Encuesta sobre la regulación jurídica de los partidos políticos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 6, 2000, pp. 15-39.

\_\_\_\_\_. La soberanía borrosa: la democracia. *Fundamentos, cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n. 1, 1998, p.381-460.

\_\_\_\_\_. Elecciones y Estado democrático de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 32, 1991, pp. 115-34.

\_\_\_\_\_. Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos. Comentario sobre la idea de representación política de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21, sept. dic. 1987, pp. 199-228.

\_\_\_\_\_. Ley orgánica y garantías judiciales. *Poder Judicial*, n. 1, 1986, pp. 23-40.

BASTIDE HORBACH, Carlos. O parlamentarismo no Império do Brasil (II). Representação e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, n. 174, 2007, pp. 213-31.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BEN-AMI, Shlomo. Prólogo. In VARELA ORTEGA, José. *Los señores del poder*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2013, pp. 7-19.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. “Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia”. In BENEVIDES, Maria Vitoria *et al.* *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, pp. 15-28.

\_\_\_\_\_. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular legislativa*, 2 ed. São Paulo: Ática, 1996.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23. *Revista General de Derecho*, n.512, 1987, pp.3913-46.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*, 3 ed. Madrid: Tecnos, 1987.

BLANCO FERNÁNDEZ, Domingo. La participación desorientada. In Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (organizador). *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio*: Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1213-24.

BLANCO VALDÉS, Roberto. La reforma de 2011: de las musas al teatro. *Claves de Razón Práctica*, n. 216, 2011, pp. 8-28.

\_\_\_\_\_. La nueva ley de partidos y la defensa del Estado. In LÓPEZ GUERRA, Luis; ESPÍN TEMPLADO, Eduardo (Coords). *La defensa del Estado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 29-65.

\_\_\_\_\_. Veinte años de partidos: De la constitucionalización a la contestación. In TRUJILLO, Gumersindo *et al.* *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 97-124.

\_\_\_\_\_. Crisis en los partidos, partidos en la crisis: la democracia en los partidos en la frontera del fin de siglo. In ASENSI SABATER, José (coord.). *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 115-55.

\_\_\_\_\_. *Los partidos políticos*. Madrid: Tecnos, 1990.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de participación política del artículo 23. *Revista General de Derecho*, n.512, 1987, pp.3913-46.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, 3 ed, 4ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral da política*, 20 ed., 7ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoría geral do Estado*, 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da democracia participativa*, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *Manual de Ciência Política*, 10 ed, 8ª tiragem. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

BOSCHI MOREIRA, Aline; MEZZARROBA, Orides. O ativismo no judiciário eleitoral: Contribuições críticas sobre a aplicação da Resolução TSE nº 23.376/2012. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, nº. 25, 2013, pp. 54-74.

BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta. In FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3 ed. Madrid: Trotta, 2007, pp. 215-42.

BRAGA, Pedro. A Constituição de 1988 e seus momentos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 178, 2008, pp. 207-14.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Rigidez constitucional e pluralismo político. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 5, 2008, pp. 86-125.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 10, 2007, pp. 1-44.

\_\_\_\_\_. As culturas liberal e democrática de proteção dos direitos individuais no constitucionalismo clássico. *Revista de Informação Legislativa*, n. 175, 2007a, pp. 233-67.

BREY BLANCO, José Luis. Principio democrático y soberanía popular. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 97, pp. 73-114.

BRUSSI, Antônio. Reforma Política: Para Onde Vai? In MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 107-12.

BÚRIGO, Vandrê Augusto. Sistema eleitoral brasileiro – a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 154, 2002, pp. 177-188.

CAAMAÑO RODRIGUEZ, Francisco. *El derecho de sufragio pasivo: prontuario de jurisprudencia constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2000.

\_\_\_\_\_. Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación «constitucionalmente adecuada»). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 36, 1992, pp.123-50.

CABRAL, Francisco de Assis. Art. 60. In COSTA MACHADO (Org.). *Constituição Federal Interpretada*, 3 ed. Sao Paulo: Manole, 2012, pp. 424-31.

CABRERA ACOSTA, Manuel Ángel. La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español. Reflexiones en el marco de un Estado democrático de Derecho. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, n. 16, 1999, pp. 45-61.

CALIL DE FREITAS, Luiz Fernando. *Direitos fundamentais. Limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



CALVO CORBELLA, Juan Carlos. Alcance Real e ideal del derecho de participación (sobre el art. 23.1 C.E). In Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (organizador). *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio*: Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1247-77.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral*, 15 ed. São Paulo: Edipro, 2012.

\_\_\_\_\_. *Inelegibilidades no direito brasileiro*, 2 ed, rev. e ampl. São Paulo: Edipro, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. La Constitución tácita. In CAPELLA, Juan Ramón *et al. Las sombras del constitucionalismo español*. Madrid: Trotta, 2003, pp. 17-42.

CARRASCO DURÁN, Manuel. La participación social en el procedimiento legislativo. *Revista de Derecho Político*, nº 89, 2014, pp. 175-204.

El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 63, 2001, pp.79-128.

CARRERAS SERRA, Francesc de. Derecho de participación política. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho, Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional, 2 ed.* Navarra: Thomson Reuters, 2011, pp. 232-5.

\_\_\_\_\_. Los partidos en nuestra democracia de partidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 70, 2004, pp. 91-126.

CASCAJO CASTRO, José Luis. Prólogo. In IGLESIAS BÁREZ, Mercedes. *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2008, pp. 13-6.

\_\_\_\_\_. Controles sobre los partidos políticos. In GÓNZALEZ ENCINAR, José Juan. *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, pp. 171-200.

CASTELLÁ ANDREU, Josep M<sup>a</sup>. Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad. In TUDELA ARANDA, José *et al.* *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.5, jul. 2013, pp. 202-29.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. *Fidelidade partidária e perda do mandato no Brasil*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros: discurso e práxis dos seus programas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

CHEIBUB FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Incentivos eleitorais, partidos e política orçamentária. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, nº 45, vol. 2, 2002, pp. 303-39.

CHRISTENSEN, Ralph. Prólogo. In MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 3 ed. São Paulo, Max Limonad, 2003. Traducción de Peter Naumann.

CINTRA, Antônio Octávio. Reforma política: Mudando os termos da “Conexão Eleitoral”. In MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 59-68.

COLINO, César; DEL PINO, Eloísa. Democracia participativa en el nivel local: debates y experiencias en Europa. *Revista catalana de dret public*, n.37, 2008, pp. 247-83.

COLLIARD, Jean Claude. *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*. Barcelona: Blume, 1981.

CONSEJO DE REDACCIÓN REVISTA TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. Encuesta sobre el régimen electoral. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 22, 2008, pp. 11-91.

CORBELLINI, Juliano. Disciplina e Coesão dos Partidos Políticos no Brasil. In GIUSTI TAVARES, José Antonio *et al.* *O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003, pp. 247-64.

CORCUERA ATIENZA, Javier. Los partidos políticos en los debates constituyentes. In CORCUERA ATIENZA, Javier *et al.* *La ilegalización de los partidos políticos en las democracias occidentales*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 17-20.

CORRÊA DA COSTA LEISTER, Ana Carolina. Teorias da democracia: uma taxonomia para tendências modernas. *Revista da AJURIS*, n. 121, 2011, pp. 70-88.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUXÊN BARROS DE ALMEIDA MACIEL, Eliane. Fidelidade Partidária: um panorama institucional. *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, 2004, pp. 1-18.

CRUZ, Paulo Marcio. A democracia representativa e a democracia participativa. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n.º. 13, 2010, pp. 202-24.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Tomo III. Temas básicos de Derecho Constitucional*, 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 2011, pp. 79-82.

\_\_\_\_\_. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

\_\_\_\_\_. El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 13, 1980, pp. 145-68.

CUESTA LÓPEZ, Víctor. *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*. Pamplona: Aranzadi, 2008.

CUNHA, Sérgio Servulo da. A nova lei de liberdade partidária. *Revista de Informação Legislativa*, n. 29, 1992, pp. 125-32.

CUNHA FERRAZ, Anna Cândida de. Art. 58, § 1 CF. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1092-95.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed. Salvador: Juspodium, 2012.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia. Uma introdução crítica*. São Paulo: Artmed, 2009.

DAHL, Robert. *La democracia y sus críticos*. Barcelona: Paidós, 1992.

DAHRENDORF, R. *Il cittadino totale*. Turín: Centro de Investigación y Documentación Luigi Einaudi, 1977, pp. 35-59.

DELGADO IRIBARREN, Manuel. Encuesta sobre el régimen electoral. Sistemas electorales y Estado de Partidos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 22, 2008, pp. 18-22.

DIAS, Daniella S. Soberanía. A legitimidade do poder estatal e os novos rumos democráticos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 192, 2011, pp. 55-66.

DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Fernanda. Título III. Da Organização do Estado. Capítulo I. Da Organização Político-Administrativa. Art. 18. In GOMES CANOTILHO *et al. Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 700-6.

DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Título IV. Da Organização dos poderes. Capítulo I. Do poder legislativo. Seção I. Do Congresso Nacional. Arts. 44 a 46. In GOMES CANOTILHO *et al. Comentários a Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 996-9.

DIEZ-PICAZO, Luis M. *Sistema de derechos fundamentales*, 3 ed. Navarra: Thomson Civitas, 2008.

\_\_\_\_\_. Sobre la constitucionalidad de la ley orgánica de partidos políticos. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. III, 2002, pp. 2141-51.

DIMOULIS, DIMITRI; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Eli *et al.* *Modernização e consolidação democrática no Brasil: dilemas da nova República*. São Paulo: Vértice, 1989.

DOS SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos. Os crimes que geram inelegibilidades. In RÉIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 67-88.

DUNN, John. *La democracia: el viaje inacabado (508 a.C-1993 d.C)*. Barcelona: Tusquets, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

ECHARRI CASI, Fermín J. *Disolución y suspensión judicial de partidos políticos*. Madrid: Dykinson, 2003.

ELSTER, Jon. Introducción. In ELSTER, Jon. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 13-34.

ENZWEILER, Romano José. Dimensões do sistema eleitoral – o distrital misto no Brasil. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, 2008, pp. 113-38.

ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Modelos de democracia en España*. Barcelona: Península, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Autoconvocação de referendos e plebiscitos pela população (análise do caso brasileiro). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.75, 2011, pp. 335-55.

ESTEBAN, Jorge. El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 70, 1990, pp. 7-32.

ESTEBAN, Jorge de *et al.* *El régimen constitucional español*. Barcelona: Labor, 1980.

ESTEBAN, Jorge de; LÓPEZ GUERRA, Luis. *El régimen constitucional español 1*. Barcelona: Labor, 1982.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder, 4 ed. Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2008.

FARHART, Said. *Dicionário parlamentar e político: o processo político e legislativo no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis, 1996.

FARRELL, David M; McALLISTER, Ian. Voter Satisfaction and Electoral System: Does Preferential Voting in Candidate-Centred Systems Make a Difference? Disponible en <http://politicsir.cass.anu.edu.au/staff/mcallister/pubs/Votersatis.pdf>. (último acceso en 03/10/2014)

FARRÉS JUSTE, Oriol. El trasfondo económico de la ciudadanía. In CAMPS, Victoria. *Democracia sin ciudadanos*. Madrid: Trotta, 2012, pp. 37-54.

FERNÁNDEZ BOVERIO, Thiago. *Fidelidade partidária e a eficácia normativa da resolução do Tribunal Superior Eleitoral que disciplina o procedimento de perda do cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa*. Trabalho de Conclusão (curso de Especialização em Direito Legislativo). 2008. Brasília: Universidade do Legislativo Brasileiro.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. Inelegibilidad. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Tomo I. Temas básicos de Derecho Constitucional, 2 ed.* Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 304-6.

---

\_\_\_\_\_ . Artículo 70. Causas de inelegibilidad e incompatibilidad y control judicial de las actas electorales. In ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a la Constitución Española de 1978, 3 ed.* Madrid: Edersa, 1998, pp. 232-301.

FERNÁNDEZ- MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen. La pretensión estatal de someter a normas jurídicas la actuación de los partidos políticos. *Revista de Derecho Político* n. 31, 1990, pp. 69-88.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Arlindo. Estatuto jurídico da fidelidade partidária e sistema eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, n. 161, 2004, pp. 79-86.

FERNANDES NETO, Guilherme. Ensaio sobre a inelegibilidade. *Revista de Informação Legislativa*, n. 185, 2010, pp. 27-40.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio. *Los partidos políticos en el pensamiento español*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. La idea de partido político en la España del siglo XX. *Revista Española de Derecho Constitucional* n. 77, 2006, pp. 77-107.

\_\_\_\_\_. Idea de partido y sistema de partidos en el constitucionalismo histórico español. *Teoría y realidad constitucional*, n. 7, 2001, pp. 217-35.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Algunas reflexiones sobre la ley orgánica 6/2002, de partidos políticos, al hilo de su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Nueva Época)*, n.0, 2004, pp. 179-225.

\_\_\_\_\_. El recurso contencioso-electoral. In ASENSI SABATER, José. *Ciudadanos e instituciones en el Constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 217-83.

\_\_\_\_\_. Las garantías del derecho de sufragio activo en el ordenamiento electoral español. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 84, 1993-4, pp. 121-42.

FERNÁNDEZ VIVAS, Yolanda. El régimen de los partidos en Alemania. *Teoría y realidad constitucional*, n.31, 2013, pp. 457-502.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

FERREIRA, Edílzio. Inconstitucionalidade de emendas à Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, 1996, pp. 289-96.

FEU ROSA, Pedro Valls. A ficha limpa e nossas instituições. In RÉIS, Marlon Jacinto *et al. Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 271-95.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. Notas acerca del recurso de amparo electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 25, 1989, pp. 135-50.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, Democracia e Legitimidade*. Minas Gerais: UFMG, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 5 ed. Madrid: Trotta, 2007.

FLEISCHER, David; RÉIS, Márlon Jacinto. *Série Pensando o Direito. Reforma Política e Direito Eleitoral*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2009.

FLEISCHER, David *et al.* *Reforma política: Agora vai?* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando. *La democracia interna de los partidos políticos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1998.

FLORES JUBERÍAS, Carlos; TENT ALONSO, Pedro. La extensión del derecho al sufragio de los extranjeros en España: ¿reforzando la igualdad o reinventando la ciudadanía? In CONEJERO PAZ *et al.* *Inmigración, integración, mediación intercultural y participación ciudadana*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2010, pp. 161-96.

FONT I LLOVET, Tomas. Algunas funciones de la idea de participación. *Revista Española de Derecho administrativo*, n. 45, 1985, pp. 45-53.

FOSSAS, Enric. *El derecho de acceso a los cargos públicos*. Madrid: Tecnos, 1993.

FREIDENBERG, Flavia. Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos. *Revista de Derecho Electoral*, n. 1, 2006, pp. 1-17.

FREITAS, Juarez. Direito Constitucional à Democracia. In FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson. *Direito á democracia. Ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 11-39.



FUNDACIÓN ALTERNATIVAS. *Informe sobre la democracia en España*, 2012. Madrid: Fundación Alternativas, 2012.

FURTADO COELHO, Marcus Vinicius. A mudança de paradigmas decorrente da lei complementar nº 135. In REIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa – LC nº 135/2010*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 56-66.

GAMBETTA, Diego. “¡Claro!”: Ensayo sobre el machismo discursivo. In ELSTER, Jon. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001, pp. 35-64.

GARCÍA, Eloy. Irreelegibilidad, inelegibilidad e incompatibilidad parlamentaria: Los artículos 23 y 70 de la Constitución y las razones políticas de la prohibición de ser reelegido. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.14, 2006, pp. 3-24.

GARCIA COSTA, Francisco Manuel. Participación y democracia electrónicas en el Estado representativo. In COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.). *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Granada: Comares, 2007.

GARCIA COTARELO, Juan. “PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN: ACERCA DE LA PARTICIPACIÓN REPRESENTATIVA DEL ART. 23.1 C.E.” In Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (organizador). *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio: Madrid, Ministerio de Justicia*, 1993, pp. 1313-27.

\_\_\_\_\_. *Los partidos políticos*. Madrid: Sistema, 1985.

\_\_\_\_\_. El taumaturgo olvidado (Los partidos políticos durante la transición española). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 25, 1981, pp. 269-86.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 15 ed. Navarra: Civitas, 2011.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. Reformas constitucionales posibles y reformas constitucionales imposibles. Notas previas a la reforma de la Constitución. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 30, 2012, pp. 301-14.

GARCÍA GUERRERO, José Luis. Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los partidos políticos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 70, 1990, pp. 143-184.

GARCIA LÓPEZ, Eloy. Ley Electoral y régimen de partidos. In In PAU I VALL *et al.* *Parlamento y Partidos Políticos*. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 123-35.

GARCÍA PELAYO, Manuel. El Estado de Partidos. In GARCIA PELAYO, Manuel. *Obras Completas*, 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 1971-2078.

\_\_\_\_\_. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996.

GARCÍA ROCA, Javier. Prólogo. In PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel. *La selección de los candidatos en los procesos electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 15-23.

\_\_\_\_\_. Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato. In SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; CORONA FERRERO, Jesús M<sup>a</sup> (Directores). *Transfuguismo político: escenario y respuestas*. Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 39-84.

\_\_\_\_\_. La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado Constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, 2002, pp. 295-334.

\_\_\_\_\_. *Cargos Públicos Representativos*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

\_\_\_\_\_; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. Democracia interna y control de los partidos políticos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 42, 1984, pp. 239-68.

GARCÍA SANTESMASES, Antonio. Encuesta sobre la regulación jurídica de los partidos políticos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 6, 2000, pp. 15-39.

GARRIDO FALLA, Fernando. Artículo 9. In GARRIDO FALLA *et al.* *Comentarios a la Constitución*, 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 155-84.

GARRO VARGAS, ANAMARI. El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 76, 2006, pp. 95-142.

GARRORENA MORALES, Ángel. Estado democrático. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo I*, 2 ed. Navarra: Civitas- Thomson Reuters, 2011, pp. 124-31.

\_\_\_\_\_. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas, 1991.

\_\_\_\_\_. *El estado español como estado social y democrático de derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. La reforma de la LOREG: expectativas y alcance. In CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *La reforma de la ley orgánica del régimen electoral general*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 67-158.

GIDDENS, Anthony. A terceira via. *Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GIUSTI TAVARES, José Antônio. A Mediação Dos Partidos na Democracia Representativa Brasileira. In GIUSTI TAVARES, José Antônio *et al.* *O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003, pp. 268-395

\_\_\_\_\_. O Problema do Cociente Partidário na Teoria e na Prática Brasileiras do Mandato Representativo. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Vol. 42, nº. 1, 1999, pp. 63-110.

\_\_\_\_\_. *Reforma política e retrocesso democrático. Agenda para reformas pontuais no sistema eleitoral e partidário brasileiro*. Porto Alegre: Mercado aberto, 1998.

\_\_\_\_\_. *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas: teoria, instituições, estratégia*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

GOES NOGUEIRA, Claudia de. A impossibilidade de as cláusulas pétreas vincularem as gerações futuras. *Revista de Informação Legislativa*, n. 166, 2005, pp. 79-93.

GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7 ed, 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *O poder constituinte*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Significado e alcance das cláusulas pétreas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, 1995, p.1

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan. Democracia de partidos <<versus>> Estado de Partidos. In GONZÁLEZ ENCINAR, Juan José (Coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, pp. 17-39.

\_\_\_\_\_. Representación y partidos políticos. In GARRORENA MORALES, Ángel. *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid: Tecnos, 1990, pp. 75-9.

GHIZZO NETO, Affonso. Passado sujo não dá futuro: vote limpo. In REIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp.298-315.

GREPPI, Andrea. La representación imposible. Mishima, Yourcenar y la democracia. *Azafea. Rev. filos.* n.7, 2005, pp. 159-68.

GRIMM, Dieter. Los partidos políticos. In BENDA, Ernst *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 389-444.

GUEDES, Néviton. Capítulo IV. Dos Direitos Políticos. Arts. 14 a 16. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*, 1 ed, 5ª tir. São Paulo: Saraiva, 2014, pp.654-89.

GUEDES BEZERRA, Paulo Renato. A polêmica lei da ficha limpa. *FIDES, Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, n. 2, 2010, pp. 1-2.

GUERZONI FILHO, Gilberto. A Justiça Eleitoral no Brasil. A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, n. 161, 2004, pp. 39-46.

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. El sistema electoral del Congreso de los Diputados. Principios constitucionales y recientes propuestas de reforma. (Lo que nunca pudo haber sido y no fue). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 92, 2011, pp. 195-241.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Democracia en los partidos y derechos de los afiliados. In ASENSI SABATER, José (coord.). *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp.347-62.

GUNTHER, Richard. Leyes electorales, sistemas de partidos y élites: el caso español. *Revista española de investigaciones sociológicas (Reis)*, n. 47, 1989, pp. 73-106.

HABERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. Traducción de Emilio Mikunda-Franco.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade (Vol. II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELD, David. *Modelos de Democracia*, 3 ed, 2ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2009. Traducción de María Hernández.

HERMOSA ANDUJAR, Antonio. Del absolutismo a la democracia: génesis y desarrollo de la teoría moderna del Estado. *Revista de Estudios políticos (Nueva Época)*, n. 68, abril-junio 1990, pp. 181-225.

HERRERO LERA, Miguel. Artículo 87- Iniciativa Legislativa. In ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1987. Tomo VII. Artículos 81 a 96*. Madrid: Edersa, 1998, pp. 251-88.

HERRERO R. DE MIÑON, Miguel. Los partidos políticos como estamentos privilegiados: ideas para su reforma. In ARAGÓN REYES, Manuel *et al.* La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Congreso de los Diputados *et al.*, 2002, pp. 201-22.

HINAREJOS PARGA, Alicia. La prohibición de partidos políticos como mecanismo de defensa del Estado. *Teoría y realidad constitucional*, n. 10, 2002-3, pp. 469-503.

HOBBS, Thomas. *Leviatán*, 11 ed. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

HOLGADO GONZÁLEZ, María. Qué y a quienes representan hoy los partidos políticos. *Revista de Ciencias Sociales*, n. 188, 2005, pp. 33-44.

HOPKIN, Jonathan. *Bringing the members back in? Democratizing candidate selection in Britain and Spain*. Disponible en <http://personal.lse.ac.uk/hopkin/hopkinpp2001.pdf>. (ultimo acceso el 14/10/2014)

HORNBLLOWER, Simon. Creación y desarrollo de las instituciones democráticas en la antigua Grecia. In DUNN, John. *La democracia. El viaje inacabado (508 a. C-1993 d.C)*. Barcelona: Tusquets, 1995, pp. 13-29.

IBÁÑEZ MACIAS, Antonio. *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*. Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad, 2007.

IGLESIAS BÁREZ, Mercedes. *La ilegalización de partidos políticos en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2008.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER; REQUEJO PAGÉS, J.L. Pluralismo político. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo I*, 2 ed. Navarra: Thomson Reuters, 2011, pp. 155-9.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Diez tesis sobre la posición de los partidos en el ordenamiento constitucional español. In RAMIREZ JIMÉNEZ, Manuel; JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Régimen jurídico de los partidos políticos y constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 33-48.

\_\_\_\_\_. Los partidos políticos en la jurisprudencia constitucional. In GONZÁLEZ ENCINAR, Juan José (Coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, pp. 201-44.

\_\_\_\_\_. Sobre el régimen jurídico-constitucional de los partidos políticos. *Revista de Derecho Político*, n. 26, 1988, pp.9-26.

\_\_\_\_\_. La intervención estatal del pluralismo (Notas a una sentencia del Tribunal Constitucional). *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, pp. 161-83.

JOBIN, Nelson. O Modelo Político Brasileiro Está Esgotado. In MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 191-200.

\_\_\_\_\_. Notas sobre uma reforma institucional. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, 1993, pp. 194-204.

JUÁREZ, Rodrigo Santiago. Crisis de legitimidad de las instituciones democráticas. *Revista de Derecho*, n.33, 2010, pp. 222-46.

JULIÁ DIAZ, Santos. El sistema de partidos en la Segunda República. *Revista de historia contemporánea*, n.7, 1996, pp. 201-20.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. Problemas de legitimidad en el sistema de partidos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 130, 1996, pp. 183-201.

KARAM DE CHUEIRI, Vera; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV, São Paulo*, n. 6, 2010, pp. 159-74.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: KRK ediciones, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3 ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Estado*. Barcelona: Editorial Labor, 1.934.

KONDER COMPARATO, Fábio. A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, 1995, pp. 5-10.

KOZICKI, Katya. Democracia deliberativa: a recuperação do componente moral na esfera pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 41, 2004, pp. 43-57.

LARIOS PATERNA, María Jesús. Participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo: la nueva regulación de la iniciativa legislativa popular y las comparecencias legislativas. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, pp. 183-222.

\_\_\_\_\_. *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003.

\_\_\_\_\_. El grupo mixto y el transfuguismo político. Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, de 13 de febrero. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46, 1996, pp. 239-55.

LAZZARINI, Álvaro. A Constituição Federal de 1988 e o mandado de segurança contra ato judicial. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, 1991, pp. 149-62.

LEMBO, Claudio; CAGGIANO, Monica H. Direitos políticos. O partido político, canal de comunicação entre governantes e governados. In GANDRA DA SILVA, Ives *et al.* *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, Tomo I, 2010, pp. 861-82.

LENK, Kurt; NEUMANN, Franz. *Teoría y sociología críticas de los partidos*. Barcelona: Anagrama, 1980.

LINDE PANIAGUA, Enrique; HERRERO LERA, Miguel. Comentario a la ley orgánica de modalidades de referéndum. *Revista de Derecho político*, n.6, 1980, pp. 83-105.



LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres». *Teoría y realidad constitucional*, n. 29, 2012, pp. 199-218.

\_\_\_\_\_. El hartazgo de las instituciones. *Claves de Razón Práctica*, n.215, 2011, pp. 20-8.

LÓPEZ GARRIDO, Diego *et al.* *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 38/39, 2002, pp. 207-18.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Participación y “participación política”: el alcance del art. 23.1 CE. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (organizador). *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio*: Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 1171-84.

LÓPEZ ZILIO, Rodrigo. *Direito Eleitoral*, 3 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

LORA ALARCÓN, Pietro de J. A democracia semidireta na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 33, 2000, pp. 141-73.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Manual de derecho político (Vol. I)*, 3 ed. Madrid: Tecnos, 1994.

LUCIANI, Massimo. El referéndum. Cuestiones teóricas y de la experiencia italiana. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, pp. 1-15

LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. *Revista de Informação Legislativa*, n. 172, 2006, pp. 76-83.

MACHADO HORTA, Raul. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 121, 1994, pp. 45-54.

MACPHERSON, C.B. *The life and times of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *La democracia liberal y su época*, 1 ed, 2ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

MAMEDE, Gladston. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 134, 1997, pp. 219-30.

MARAVALL, José María. *El control de los políticos*, 2 ed. Madrid: Taurus, 2003.

MARCO MARCO, Joaquín J. La iniciativa legislativa popular en España (o el mito de Sísifo). *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 8, 2009, pp. 1-33.

\_\_\_\_\_. El letargo participativo: la iniciativa legislativa popular en España. *Revista de las Cortes Generales*, n. 69, 2006, pp. 39-82.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In SARLET, Ingo W. *et al. Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 707-1200.

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In SARLET, Ingo *et al.* Curso de Direito Constitucional. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 616-81.

MARQUES TEIXEIRA, José Elaeres. Os sistemas eleitoral e partidário no Brasil e na Alemanha. *Revista de Informação Legislativa*, n. 163, 2004, pp. 309-16.

\_\_\_\_\_. O poder Constituinte originário e o poder constituinte reformador. *Revista de Informação Legislativa*, n. 158, 2003, pp. 203-8.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. Los partidos políticos y la Constitución de 1978. Libertad de creación y organización de los partidos en la Ley Orgánica 6/2002. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N. Extra. 1, 2004, pp. 201-28.

MARTÍN HUERTAS, Ascensión. *El contenido esencial del Derecho de asociación*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2009.

MARTÍNEZ, Mª Antonia. La representación política y la calidad de la democracia. *Revista Mexicana de Sociología*, n. 4, 2004, pp. 661-710.

MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel. Bases, principios y criterios de la reforma electoral española: examen jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 34, 1983, pp. 41-59.

MARTÍNEZ CUEVAS, M. <sup>a</sup> Dolores. *Régimen jurídico de los partidos políticos*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, Aitor. *La iniciativa legislativa popular como instrumento de participación ciudadana en el siglo XXI*. Madrid: Fundación Ideas, 2012.

MARTINS DE ANDRADE, Fábio. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 181, 2009, pp.207-26.

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco. *Los derechos políticos del extranjero en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a las funciones públicas*. Madrid: Colex, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*, 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. Migração Partidária, Estratégias de sobrevivência e Governismo na Câmara dos Deputados. In GUISTI TAVARES, José Antonio *et al.* *O Sistema Partidário na Consolidação da Democracia Brasileira*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2003, pp. 163-226.

\_\_\_\_\_. Partidos e Migração Partidária na Câmara dos Deputados. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Vol. 43, nº. 2, 2000, pp. 207-39.

MELO, Mônica de. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular. Mecanismos constitucionais de participação popular*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de direito político*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MELO MARTINS, Douglas de. Inelegibilidade e improbidade administrativa. A restrição a candidaturas como decorrência de condenação colegiada em ação de

improbidade. In RÉIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 167-76.

MELLADO PRADO, Pilar. Referéndum nacional sobre la permanencia de España en la Alianza Atlántica. *Revista de Derecho Político* n. 23, 1986, pp. 185-8.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução á Teoria das Inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MENDES, Gilmar F. *Curso de Direito Constitucional*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Clausulas pétreas ou garantías constitucionais? *Revista CONSULEX*, n. 12, 1997, pp. 48-50.

\_\_\_\_\_. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 21, 1997a, pp. 69-91.

MENDES, Marcos. A lei de inelegibilidade e a redução da corrupção. *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, 2005, pp. 1-22.

MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Editor). *Participación y representación política*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo. La iniciativa legislativa popular. *Las Cortes Generales*, vol. III. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987, pp. 1721-38.

MERLIN CLÉVE, Clèmerson. *Fidelidade Partidária* – estudo de caso. Curitiba: Juruá, 1998.

MESQUITA BENEVIDES, Maria Victoria de. “Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia”. In BENEVIDES, Maria Vitoria *et al.* *Reforma política e cidadania*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

\_\_\_\_\_. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular legislativa*, 2 ed. São Paulo: Ática, 1996.

MEZZARROBA, Orides. Capítulo V. Dos Partidos Políticos. Art. 17. In GOMES CANOTILHO, Joaquim José *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 690-99.

\_\_\_\_\_. *Partidos políticos. Princípios e Garantias Constitucionais*. Lei 9.096/95 – Anotações Jurisprudenciais, 1 ed, 3 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

MEZZARROBA, Orides; GAVAZZONI, Antonio Marcos. A competência constitucional da Justiça Eleitoral: reflexões sobre a efetividade da principiologia constitucional garantidora da legitimidade do resultado das eleições. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 8, 2009, pp. 182-91.

MICHELS, Robert. *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, 2 ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. A Democracia Domesticada: bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo. *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Vol. 45, nº 3, 2002, pp. 483-511.

MILL, J. Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Tecnos, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo I*, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

*Manual de direito constitucional. Tomo II*, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional. Tomo III*, 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010b.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. O referendo e o plebiscito: a experiência portuguesa. *Cuestiones Constitucionales*, n.19, 2008, pp. 149-71.

MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e Participação – Ensaio sobre o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular legislativa na nova Constituição*. São Paulo: Marco Zero, 1990.

MONTERO, José Ramón; GUNTHER, Richard. Sistemas “cerrados” y “listas abiertas”: sobre algunas propuestas de reforma del sistema electoral en España. In MONTERO, José Ramón *et al.* *La reforma del régimen electoral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 13-88.

MONTILLA MARTOS, José Antonio. Presentación. Una ley para ilegalizar Batasuna. In MONTILLA MARTOS, José Antonio (Ed.). *La prohibición de partidos políticos*. Almería: Universidad de Almería, 2004, pp. 9-17.

\_\_\_\_\_. Fundamentos y secuelas de la prohibición de partidos. In MONTILLA MARTOS, José Antonio (Ed.). *La prohibición de partidos políticos*. Almería: Universidad de Almería, Servicio de publicaciones, 2004a, pp.19-43.

\_\_\_\_\_. Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentario a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 12-13, 2003-04, pp. 559-85.

\_\_\_\_\_. La inscripción registral de asociaciones en la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 92, 1996, pp. 175-206.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES DA SILVA, Enio. O Estado democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 167, 2005, pp. 213-29.

MORALES ARROYO, José María. Los modelos de Senado. *Revista de Derecho Político*, n.63, 2005, pp. 75-96.

\_\_\_\_\_. Las consecuencias colaterales de la disolución de Batasuna. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 71, 2004, pp. 243-79.

\_\_\_\_\_. *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

MOREIRA MAUÉS, Antonio. Capítulo III. Da nacionalidade. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 647-53.

MOREIRA REIS, Palhares. Os Partidos Políticos e a Experiência Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, n. 114, 1992, pp. 89-116.

MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Diego. Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 16, 2005, pp. 313-41.

MORODO, Raúl; MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. Artículo 6º. Los partidos políticos. In ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1996, pp. 303-89.

MOSCA, Gaetano. *Historia de las doctrinas políticas*. Madrid: Edersa, 1.984.

\_\_\_\_\_. *La clase política*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1.984a.

MOUFFE, Chantal. *La paradoja democrática*, 2 ed. Barcelona: Gedisa, 2012.

\_\_\_\_\_. *El retorno de lo político*, 1 ed., 2ª imp. Madrid: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 3 ed. São Paulo, Max Limonad, 2003.

MURILO DE CARVALHO, José. *Cidadanía no Brasil. O longo caminho*, 15 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos, 1996.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas. La estructura interna y el funcionamiento democráticos de los partidos políticos. *Justicia Electoral*, n. 18, 2003, pp. 31-8.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Fomento de la participación política de la mujer y régimen constitucional de los partidos políticos. *Revista de Derecho Político*, n. 63, 2005, pp. 149-74.

NAVA GOMAR, Salvador O. “Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México”. In *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática* (Dir. Francisco Javier Matia Portilla). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 3-14.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio. Siete preguntas sobre el alcance de la exigencia de democracia interna en los partidos políticos. In PAU I VALL, Francesc (Coord). *Parlamento y partidos políticos. XV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos, 2009, pp. 235-58.

\_\_\_\_\_. *Patología del transfuguismo político: grandes males, pero ¿buenos remedios?* *Revista de las Cortes Generales*, n. 49, 2000, pp. 7-56.

\_\_\_\_\_. *Partidos políticos y “democracia interna”*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

NAVAS CASTILLO, Antonia; NAVAS CASTILLO, Florentina. *El Estado constitucional*. Madrid: Dykinson, 2009.

NETO, Lira. *Getúlio. 1930-1945. Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NEVES DA SILVA, Fernando. Seção VI. Dos tribunais e juizes eleitorais. In GOMES CANOTILHO, José Joaquim *et al. Comentários à Constituição do Brasil*, 1 ed, 5ª tir. São Paulo: 2014, pp.1496-504.

NICOLAU, Jairo. O Sistema Eleitoral de Lista Aberta no Brasil. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Vol. 49, nº 4, 2006, pp. 689-720.

\_\_\_\_\_. Como controlar o Representante? Considerações sobre as Eleições para a Câmara dos Deputados no Brasil. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Vol.45, nº. 2, 2002, pp. 219-36.



\_\_\_\_\_. *Disciplina Partidária e Base Parlamentar na Câmara dos Deputados no Primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)*. *Dados. Revista de Ciências Sociais*, Vol. 43, n.º. 4, 2000, pp. 709-35.

NOBRE, Marcos. *Choques de democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. E-book.

\_\_\_\_\_. *Imobilismo em movimento. Da abertura democrática ao governo Dilma*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013a.

NOVAIS DE MACEDO, Paulo Sergio. Democracia participativa na Constituição Brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, n.178, 2008, pp. 181-93.

NUNES MICHELS, Maria Valeria. *Direito Eleitoral de acordo com a Constituição Federal, EC 52/06, LC 64/90, Leis 9.096/95, 9.504/97, 11.300/06 e decisão do STF e Resolução TSE 22.610/08 sobre fidelidade partidária*, 6 ed. revista e atualizada. Porto Alegre: livraria do advogado, 2008.

OLIVEIRA COCUZZA, Franco. Título IV. Da Organização dos poderes. In COSTA MACHADO *et al.* *Constituição Federal Interpretada, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, 3 ed. São Paulo: Manole, 2012, pp. 343-79.

OLIVER ARAUJO, Juan. El referéndum en el sistema constitucional español. *Revista de Derecho Político*, n. 29, 1989, pp. 115-82.

OLIVER ARAUJO, Joan; CALAFELL FERRÁ, Vicente Juan. Los estatutos de los partidos políticos: notas sobre su singularidad jurídico-constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 137, 2007, pp. 11-36.

ORTEGA SANTIAGO, Carlos. *El mandato representativo de los diputados y senadores*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005.

OSTROGORSKI, Moisei. *La democracia y los partidos políticos*. Madrid: Trotta, 2008.

OTTO, IGNACIO de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, 1 ed, 10 imp. Barcelona: Ariel, 2007.

\_\_\_\_\_. *Defensa de la Constitución y Partidos políticos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

OVEJERO, Félix. Democracia real, realismo y participación. In ROBLES EGEA, Antonio y VARGAS-MACHUGA ORTEGA, Ramón. *La buena DEMOCRACIA. Claves de su calidad*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2012.

OVEJERO LUCAS, Félix. ¿Idiotas o ciudadanos? *Claves de razón práctica*, n. 184, 2008, pp. 22-32.

PAJARES MONTOLÍO, Emilio. Selección de candidatos y mejora del sistema electoral: consideraciones sobre las elecciones primarias. *XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Participación, Representación y Democracia*. Salamanca: 2014, pp. 1-40.

PALOMO VÉLEZ, Diego. Amparo constitucional en España: estudio sobre una experiencia de dulce y agraz. *Revista de Estudios Constitucionales*, n. 1, 2007, pp. 395-466.

PARDO FALCÓN, Javier. El Contencioso-Electoral en la LOREG. In PAU I VALL, Francesc (Coord). *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Pamplona: Aranzadi, 1999. pp. 147-75.

PAREJO ALFONSO, Luis. Valores superiores. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Constitución, Estado constitucional, partidos y elecciones y fuentes del derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo I*, 2 ed. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 41-53.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1992.

PAULA FILHO, Afrânio Faustino de. *Sistemas de controle do processo eleitoral*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

PAU I VALL, Francesc. La reforma del sistema electoral español en las elecciones al Congreso de los Diputados. In PAU I VALL *et al.* *Parlamento y Partidos Políticos*. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 137-52.

PECES BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984.

PEREIRA DE ARAUJO, Caetano Ernesto. O monopólio dos partidos sobre a representação política. *Revista de Informação Legislativa*, n. 161, 2004, pp. 125-32.

\_\_\_\_\_. A lista cívica. *Consultoria Legislativa*, 2000, pp. 1-9.

PÉREZ ALBERDI, M<sup>a</sup>. Reyes. *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10 ed. Tecnos: Madrid, 2010.

\_\_\_\_\_. *¿Ciberciudadani@ o [ciudadani@.com](mailto:ciudadani@.com)?* Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Los derechos fundamentales*, 5 ed. Madrid: Trotta, 1993.

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel. *Los selección de los candidatos en los procesos electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 12 ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. La vía penal de ilegalización de Batasuna. *El País*, 29 de agosto de 2002. [http://elpais.com/diario/2002/08/29/espana/1030572013\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2002/08/29/espana/1030572013_850215.html). (consultado el 01/10/2013).

\_\_\_\_\_. *La reforma de la Constitución*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987.

PÉREZ SOLA, Nicolás. Algunas consideraciones en torno al derecho fundamental a la participación directa en los asuntos públicos. *Revista de derecho político*, n. 41, 1996, pp. 97-118.

\_\_\_\_\_. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén: Universidad de Jaén, 1994.

\_\_\_\_\_. La problemática del referéndum consultivo en el sistema político español. *Revista general de derecho*, n. 596, 1994a, pp. 5007-31.

PETTIT, Philippe. Reflexiones republicanas. *Claves de Razón Práctica*, n. 215, 2011, pp. 4-8.

PINHEIRO COELHO, Maria Francisca. O lugar dos partidos na reforma política. In MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 153-61.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal – noções gerais*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Elegibilidade no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2008a.

PINTO, Djalma; BRAID PETERSEN, Elke. *Comentários á Ficha Limpa*. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO LYRA, Rubens. As vicissitudes da democracia participativa no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, 1999, pp. 23-38.

PISARELLO, Gerardo. Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad. In CAPELLA, Juan Ramón. *Las sombras del constitucionalismo español*. Madrid: Trotta, 2003, pp.129-50.

POLETTI, Ronaldo. O partido político na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, n. 93, 1987, pp. 105-16.

PONS IRAZAZÁBAL, Félix. La delegación del poder: ¿Es bueno que nos representen? In ASAMBLEA. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 13, 2005, pp. 3-20.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários a Constituição de 1967, com a Emenda nº1, de 1969*. Rio: Forense, 1987, Vol. 3.

PORRAS NADALES, José A; VEGA GARCIA, Pedro de. Introducción: El debate sobre la crisis de la representación política. In PORRAS NADALES, José A. *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 9-30.

PORRAS NADALES, José Antonio. *Representación y democracia avanzada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

PORTERO MOLINA, José Antonio. Sobre la presunción de la representación política. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 21, 2009, pp. 61-74.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización de los partidos en la Historia constitucional española. *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, n. 1, 1978, pp. 251-82.

PORRAS RAMÍREZ, José María. Comentarios acerca del estatus constitucional de los partidos políticos y de su desarrollo en la Ley Orgánica 6/2002. *Revista de las Cortes Generales*, n. 57, 2002, pp. 7-35.

PORTINHO DIAS, Luiz Claudio. A democracia participativa brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 37, 2001, pp. 223-36.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. La reforma del derecho de voto en España. *Revista Justicia Electoral*. Vol 1, n.8, 2011, pp. 81-117.

\_\_\_\_\_. La representación política como derecho fundamental. In BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. FUNDAMENTOS (3/2004). Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. *La Representación Política*. Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 2004, pp. 516-63.

\_\_\_\_\_. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos, 2003.

\_\_\_\_\_. Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo. *Revista de Derecho Político*, n. 52, 2001, pp. 137-76.

\_\_\_\_\_. *Los Partidos Políticos en el Sistema Constitucional Español. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1980-1999*. Navarra: Aranzadi, 2000.

\_\_\_\_\_. *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia*. Barcelona: Ariel, 2000a.

\_\_\_\_\_. Los Congresos Generales como órganos supremos de los partidos políticos. *Teoría y realidad constitucional*, n.6, 2000b, pp. 109-33.

\_\_\_\_\_. La superación del transfuguismo político en las Corporaciones locales como exigencia de una representatividad democrática. *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, n. 277, 1999, pp. 117-36.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2 ed. Madrid: Trotta, 2009.

PRZEWORSKI, Adam; SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. *Democracia y socialdemocracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

PUNSET, Ramón. Prohibición de mandato imperativo y partidos políticos. In GONZÁLEZ ENCINAR, Juan José (Coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, pp. 119-31.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. Reflexões sobre democracia e poder constituinte. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 21, 2010, pp. 1-14.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*, 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RAMÍREZ, Manuel. El reforzamiento de la participación política. *Revista de Derecho Político*, n. 36, 1992, pp. 27-45.

\_\_\_\_\_. *La participación política*. Madrid: Tecnos, 1985.

\_\_\_\_\_. Los partidos políticos en la Constitución española de 1978. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 13, 1980, pp. 45-60.

RAWLS, John. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Barcelona: Paidós, 2009.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Partidos políticos y democracia*. Madrid: Dykinson, 2007.

REINER, Lúcio. *Fidelidade partidária*. Brasília: Consultoria Legislativa, 2001.

REIS, Márlon. *O gigante acordado. Manifestações, Ficha Limpa e Reforma Política*. São Paulo: Leya, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Brasília: Alumnus, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio constitucional da proteção e a definição legal das inelegibilidades. In REIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 24-54.

RENNÓ, Lúcio R. Reformas Políticas no Brasil: Realizadas e Prováveis. In MULHOLLAND, Timothy; RENNO, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 13-42.

REQUEJO PAGÉS, J. L. Derechos de configuración legal. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Derechos fundamentales y su protección. Tomo III. Temas básicos de derecho constitucional*, 2 ed. Pamplona: Thomson-Reuters, 2011, pp. 73-6.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. El reto de la normalización del inmigrante. In SANTOLAYA, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Nacionalidad, extranjería y sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 83-95.

\_\_\_\_\_. El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España. *Revista de Derecho Político*, n.62, 2005, pp. 11-31.

RIBAMAR BARREIRO SANTOS, José de. O papel do deputado federal na República Federativa brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, n. 191, 2011, pp. 245-54.

RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria. Neoconstitucionalismo e ciberdemocracia. Desafios para implementação da cibercidadania na perspectiva de Pérez Luño. *Revista de Informação legislativa*, n. 194, 2012, pp. 89-105.

RIBAS DO NASCIMENTO, Valéria; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A cidadania e a Constituição. Uma necessária relação simbólica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 175, 2007, pp. 163-74.

RIBAS VIEIRA, José. A cidadania. Sua complexidade teórica e o Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 135, 1997, pp. 219-224.

RIBEIRO, Fávila. *Abuso de poder no Direito Eleitoral*, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

RIVERO, Ángel. Representación política y participación. In DEL AGUILA, Rafael. *Manual de Ciencia Política*, 6 ed. Madrid: Trotta, 2009, pp. 205-29.

ROBLES EGEA, Antonio; VARGAS MACHUCA, Ramón. Introducción. In ROBLES EGEA, Antonio; VARGAS MACHUCA, Ramón. *La buena democracia. Claves de su calidad*. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2012.

ROCHA FRAGOSO, Roberto da. *Tribunal Superior Eleitoral, o legislador autônomo: Limites ao poder regulamentar da Justiça Eleitoral*. Brasília, 2008.

RODON I CASARRAMONA, Toni. El sesgo de participación en el sistema electoral español. *Revista española de investigaciones sociológicas (Reis)*, n. 126, 2009, pp.107-25.

RODRÍGUEZ, Ángel. La declaración de inconstitucionalidad del partido «Batasuna» y la Convención Europea de Derechos Humanos. In MONTILLA MARTOS, José Antonio (Ed.). *La prohibición de partidos políticos*. Almería: Universidad de Almería, 2004, pp. 165-84.

RODRIGUEZ ADRADOS, Francisco. *Nueva historia de la democracia*. Barcelona: Planeta, 2011. e-book.



RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros. *Revista de Estudios políticos (nueva época)*, n. 103, enero-marzo 1999, pp. 171-185.

RODRIGUES, Ricardo. Barreira legal nos sistemas eleitorais proporcionais. *Revista de Informação Legislativa*, n.126, 1995, pp. 47-55.

ROSENO DE OLIVEIRA, Marcelo. As inelegibilidades decorrentes da prática de ilícitos eleitorais: reflexões sobre o perfil da nova alínea “j”, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº. 64/90. In REIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 197-223.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Centaur, 2012. e-book.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

\_\_\_\_\_; BIGLINIO CAMPOS, Paloma. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Texto del informe y debates académicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

\_\_\_\_\_. Los tráfugas no son tan malos. *El País*, 1993.  
[http://elpais.com/diario/1993/10/06/opinion/749862011\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1993/10/06/opinion/749862011_850215.html).

SABINE, George. H. *Historia de la teoría política*, 4 ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2009.

SAINZ MORENO, Fernando; HERRERO DE PADURA, Mercedes. *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios (Vol. 1)*, 2 ed. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989, pp.910-2.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio. *La ciudadanía perpleja. Claves y dilemas del sistema electoral español*. Madrid: Laberinto, 2006.

\_\_\_\_\_. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Granada: Comares, 1.999.

SALGADO, Eneida Desiree. Iniciativa popular de leis. As proposições, o positivado e o possível. *Revista de Informação Legislativa*, n. 169, 2006, pp. 95-100.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. El reconocimiento constitucional de los partidos en España. In DE VEGA, Pedro. *Teoría y práctica de los partidos políticos*. Madrid: Cuadernos para el diálogo, 1977, pp. 239-47.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel. La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de derecho. *Revista de Administración Pública*, n.119, mayo-agosto, 1989, pp. 133-71.

\_\_\_\_\_. Los derechos de participación, representación y acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política. *Revista española de derecho administrativo*, n. 46, 1985, pp. 207-26.

SÁNCHEZ DE VEGA GARCIA, Agustín. Notas para el estudio del derecho de partidos. In ASENSI SABATER, José (coord.). *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo actual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 309-26.

SÁNCHEZ HERRERA, Javier. El artículo 6 de la Constitución española: la democracia interna de los partidos políticos. In ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel; HERNÁNDEZ BRAVO DE LAGUNA, Manuel (Coords.). *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje a Gumersindo Trujillo Fernández*. Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 529-52.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, pp. 223-45.

El principio de participación en la Constitución Española. *Revista de administración pública*, n.89, 1979, pp. 171-206.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. Las campañas institucionales de información previas a los referendos. *Revista General de Derecho Constitucional*, n. 3, 2007, pp. 1-33.

\_\_\_\_\_. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: CEPC, 2007a.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J. *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima. *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

SANTANA PEDRA, Adriano. A inelegibilidade do analfabeto segundo uma perspectiva concretista. *Revista de Informação Legislativa*, n. 189, 2011, pp. 69-80.

\_\_\_\_\_. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Dykinson, 1997.

SANTAMARIA, J. El art. 23. In GARRIDO FALLA, Fernando *et al.* *Comentarios a la Constitución*, 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 511-25.

\_\_\_\_\_. Problemas jurídico-políticos del voto bloqueado. *Revista de Estudios Políticos*, n. 53, 1986, pp. 29-43.

SANTAMARÍA OSSORIO, Julián. El debate sobre las listas electorales. In PORRAS NADALES, José Antonio (Editor). *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos, 1996, pp. 231-63.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Artículo 6. In GARRIDO FALLA, Fernando *et al.* *Comentarios a la Constitución*, 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 85-98.

\_\_\_\_\_. Artículo 22. In GARRIDO FALLA, Fernando *et al.* *Comentarios a la Constitución*, 3 ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 425-41.

SANTAOLALLA, Fernando. Partido político, grupo parlamentario y diputado. In GONZÁLEZ ENCINAR, Juan José (Coord.). *Derecho de partidos*. Madrid: Espasa Universidad, 1992, pp. 93-118.

SANTOLAYA, Pablo. Introducción. In SANTOLAYA, Pablo; DIAZ CREGO, María. *El sufragio de los extranjeros: un estudio de derecho comparado*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, pp. 11-24.

\_\_\_\_\_. El derecho de sufragio como excepción a la tendencia expansiva de los sujetos de los derechos fundamentales. La nacionalidad como condicionante de su ejercicio. In SANTOLAYA, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Nacionalidad, extranjería y sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 11-35.

\_\_\_\_\_. Algunos apuntes a la búsqueda de una solución: interpretemos el artículo 13.2 de acuerdo a la realidad social en el que debe ser aplicado; somos una democracia consolidada y un país estable de inmigración. In SANTOLAYA, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. *Nacionalidad, extranjería y sufragio*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007a, pp. 73-82.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Manual de procedimiento electoral*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

SANTORO, Emilio. A democracia é ainda adaptável às sociedades multiculturais? In FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson. *Direito á democracia. Ensaio transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, pp. 71-108.

SARLET, Ingo W. Art. 60; BRANDÃO, Rodrigo. Da Emenda à Constituição. In GOMES CANOTILHO, Joaquim José *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1124-37.

SARLET, Ingo W. Do poder constituinte e da mudança constitucional. Reforma e mutação. In SARLET, Ingo W. *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 85-153.

\_\_\_\_\_. Teoría geral dos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo W. *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a, pp. 247-348.

SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?*, 2 ed. Barcelona: Taurus, 2007.

\_\_\_\_\_. *A teoria da democracia revisitada*. Sao Paulo: Atica, 1994.

SATRUSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. La reforma legal de los partidos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46, 1996, pp.81-105.

SCHMIDT, Benício V. A reforma política em questão. In MULHOLLAND, Timothy; RENNÓ, Lúcio R. (Orgs). *Reforma Política em Questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, pp. 53-69.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sobre el parlamentarismo*. Madrid: Tecnos, 1990.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SEIDEL, Daniel *et al.* A “ficha limpa”: Renúncia e inelegibilidade. In REIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha Limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp.193-6.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther. Representación democrática, partidos políticos y tráfugos. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 6, 2002, pp. 163-88.

SEREJO SOUSA, Lourival de Jesus. Sua Excelência o Juiz Eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, 1989, pp. 197-200.

SERMEÑO, Ángel. Democracia y participación política. *Andamios*, Vol. 2, n. 4, junio 2006, pp. 7-33.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. Artículo 125. In GARRIDO FALLA, Fernando *et al.* *Comentarios a la Constitución*, 2 ed. Madrid: Civitas, 1985, pp. 1846-58.

SERVULO DA CUNHA, Sérgio. Reforma eleitoral-partidária. *Revista de Informação Legislativa*, n.125, 1995, pp. 5-12.

SGARBI, Adrian. *O referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SICILIANO AIETA, Vânia. *Democracia. Estudos em homenagem ao prof. Siqueira Castro. Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Mandato Eletivo. Estudos em homenagem ao prof. Siqueira Castro. Tomo III.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

\_\_\_\_\_. *Partidos Políticos. Estudos em homenagem ao prof. Siqueira Castro. Tomo IV.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*, 1ª ed, 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA NETO, Manuel Jorge. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SINIAUSKAS COCUZZA, Inés. Seção VI. Dos Tribunais e Juízes Eleitorais. In COSTA MACHADO *et al.* *Constituição Federal Interpretada, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, 3 ed. São Paulo: Manole, 2012, pp. 691-703.

SIQUEIRA ABRÃO, Carlos Eduardo. Capítulo IV. Dos Direitos Políticos. In COSTA MACHADO (Organizador). *Constituição Federal Interpretada*, 3 ed. São Paulo: Manole, 2012, pp. 86-107.

\_\_\_\_\_. Capítulo V. Dos Partidos Políticos. In COSTA MACHADO (Organizador). *Constituição Federal Interpretada*, 3 ed. São Paulo: Manole, 2012a, pp. 107-15.

SOARES, Orlando. Origens das Organizações Partidárias e os Partidos Políticos Brasileiros. *Revista de Informação Legislativa*, n. 103, 1.989, pp. 163-90.

SOARES DA COSTA, Adriano. *Instituições de direito eleitoral*, 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, J.J. Límites de los derechos fundamentales. In ARAGÓN REYES, Manuel; AGUADO RENEDO, César. *Derechos Fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional, Tomo III*, 2 ed. Navarra: Thomson Reuters, 2011, pp. 31-5.

\_\_\_\_\_. Artículo 70. Las inelegibilidades e incompatibilidades de los diputados y senadores y el control judicial de las elecciones al Congreso y al Senado. In ALZAGA VILLAAMIL, Óscar. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 3 ed. Madrid: Edersa, 1998, pp. 281- 321.

\_\_\_\_\_. Una visión institucional del proceso electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 39, 1993, pp. 63-80.

\_\_\_\_\_. Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 71, 1991, pp. 87-110.

\_\_\_\_\_. Sobre la constitucionalización de los partidos políticos en el derecho constitucional y en el ordenamiento español. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 45, 1985, pp. 155-64.

SORIANO, Ramón. La iniciativa legislativa popular: una institución herida de muerte. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n.167, 2002, pp. 111-8.

SORIANO DÍAZ, Ramón Luis. El dominio de los partidos políticos: partidos y sociedad. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 105, 1999, pp. 265-77.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; AVRITZER, Leonardo. Introducción: para ampliar el canon democrático. In DE SOUSA SANTOS, Boaventura (coordinador). *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 35- 74.

SOUZA ARAÚJO, Sérgio Luiz. O Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*, n. 143, 1999, pp. 5-14.

SOUZA SAMPAIO, Maurício. *Representação Política e Institutos de Participação Direta*, 2 ed. São Paulo: Lawbook, 2009.

STAMMER, Otto. La democratización de la organización. In LENK, Kurt; NEUMANN, Franz (Eds.) *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona: Anagrama, 1980, pp. 282-5.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Estado democrático de Direito. In GOMES CANOTILHO, Joaquim Jose *et al. Comentários à Constituição do Brasil*, 1 ed, 5ª tir. São Paulo: Saraiva 2014, pp. 113-6.

---

\_\_\_\_\_. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*, 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAJADURA TEJADA, Javier. *Partidos políticos y Constitución: un estudio de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y de la STC 48/2003, de 12 de marzo*. Madrid: Civitas, 2004.

TAJADURA, Javier; VÍRGALA, Eduardo. Capítulo I. España. Los partidos políticos en los debates constituyentes. In CORCUERA ATIENZA *et al. La ilegalización de los partidos políticos en las democracias occidentales*. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 17-118.

TEIXEIRA NUNES JUNIOR, Amandino. Ativismo judicial no Brasil. O caso da fidelidade partidária. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, pp. 97-128.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

TORRENS, Antonio Carlos. Representação política, inovações institucionais e novas subjetividades. *Revista de Informação Legislativa*, n. 196, 2012, pp. 149-64.

TORRES DEL MORAL, Ángel. El sistema de garantías de los derechos (I). In GIMENO SENDRA, Vicente *et al. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex, 2007, pp. 595-644.



\_\_\_\_\_. *Principios de derecho constitucional español*, 4 ed. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, 1998.

\_\_\_\_\_. Valores y principios constitucionales. *Revista de derecho político*, n. 36, 1992, pp. 17-26.

\_\_\_\_\_. Crisis del mandato representativo en el Estado de partidos. *Revista de Derecho Político*, n. 14, 1982, pp. 7-30.

\_\_\_\_\_. Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 203, 1975, pp.145-212.

TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS, Rodrigo. A lei da “ficha limpa”: uma responsabilidade prospectiva? A que preço? *Revista SJRJ*, n.34, 2012, pp. 237-62.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia?* 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

TUSELL, Javier. *Historia de España en el siglo XX. I. Del 98 a la proclamación de la República*. Madrid: Taurus, 1998.

URDÁNOZ GANUZA, Jorge. Ingeniera del sufragio. *Claves de Razón Práctica*, n. 180, 2008, pp. 58-67.

VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. Revisão constitucional: âmbito, alcance e limites. *Revista de Informação Legislativa*, n. 120, 1993, pp. 125-45.

VALLESPÍN, Fernando. La fatiga democrática. *Claves de Razón Práctica*, n. 215, 2011, pp. 10-8.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoria constitucional. I. Teoría Constituyente. Poder Constituyente: fundacional; revolucionario; reformador*. Buenos Aires: Depalma, 1975.

VARELA ORTEGA, José. *Los señores del poder y la democracia en España: entre la exclusión y la integración*. Madrid: Galaxia Gutenberg, 2013.

VARGAS GROFF, Paulo. Constituição de 1988 e reformas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 43, 2006, pp. 7-17.

VARGAS MACHUCA ORTEGA, Ramón. Cuando no bastan los principios: la democracia como modelo. In ROBLES EGEA, Antonio; VARGAS MACHUCA ORTEGA, Ramón. *La buena democracia. Claves de su calidad*. Granada: EUG, 2012, pp. 17-51.

\_\_\_\_\_. En defensa de la democracia representativa. *Claves de Razón Práctica*, n. 179, 2008, pp.12-21.

VASCONCELLOS, J. *Democracia Pura*, 2 ed. São Paulo: Nobel, 2011.

VATTER, Miguel E. La democracia, entre representación y participación. In PORRAS NADALES, José Antonio. *El debate sobre la crisis de la representación política*. Madrid: Tecnos, 1996.

VEGA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 1 ed., 6ª reimp. Madrid: Tecnos, 2007.

\_\_\_\_\_. Significado constitucional de la representación política. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n. 44, 1985, pp. 25-45.

\_\_\_\_\_. El artículo 1. El pluralismo político. In ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 1984.

VELOSO PELEJA JUNIOR, Antônio; TEIXEIRA BATISTA, Fabrício Napoleão. *Direito Eleitoral. Aspectos processuais. Ações e Recursos*, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VIEIRA SANSEVERINO, Francisco de Assis. Duas causas de inelegibilidade. Alínea “E” (Condenação Criminal) e alínea “G” (Rejeição de Contas) Alterações na LC nº 64/90. In RÉIS, Marlon Jacinto *et al.* *Ficha limpa*. São Paulo: Edipro, 2010, pp. 147-65.

\_\_\_\_\_. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2008.

VIEJO, Raimundo *et al.* La participación ciudadana en la esfera pública: enfoques teórico-normativos y modelos de democracia. In PARÉS, Marc. *Participación y calidad democrática. Evaluando las nuevas formas de democracia participativa*. Barcelona: Ariel, 2009, pp. 29-53.

VILLA, Marco Antonio. *A história das Constituições brasileiras. 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011.

VIRGALA FORURIA, Eduardo. “Crisis de la representación y democracia directa en España”. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 29, 2013, pp. 11-23.

\_\_\_\_\_. Democracia interna y derechos de los afiliados a los partidos políticos. *Revista catalana de dret public*, n. 37, 2008, pp.21-73.

\_\_\_\_\_. El recorrido jurisprudencial de la suspensión y disolución de Batasuna: agosto de 2002 a mayo de 2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, 2007, pp. 243-305.

\_\_\_\_\_. Los partidos políticos ilícitos tras la LO 6/2002. *Teoría y realidad constitucional*, n. 10-11, 2002, pp. 203-262.

\_\_\_\_\_. Ejercicio de derechos por los afiliados y control judicial de las sanciones impuestas por los partidos políticos. *Teoría y realidad constitucional*, n.6, 2000, pp. 83-108.

VITALE RAMOS, Denise Cristina. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Revista Katálisis*, vol. 10, n. 2, 2007, pp. 143-53.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*, 2 ed, 3ª reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8 ed. Madrid: Trotta, 2008.

ZITTEL,Thomas; FUCHS,Dieter. *Participatory Democracy and Political Participation*. Taylor & Francisc e- Library, 2006.