

**¡BASTA DE FICCIONES!
REPRESENTAN A SUS ELECTORES.
DEMOCRACIA, DERECHOS
Y PROPORCIONALIDAD EN LA STC 151/2017**

***NO MORE FICTIONS! THEY REPRESENT THEIR ELECTORS.
REPRESENTATION, RIGHTS AND PROPORTIONALITY
IN THE CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 151/2017***

GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Universidad de Alcalá

Resumen: La STC 151/2017 ofrece al autor la excusa para criticar las contradicciones y lagunas de la concepción de la democracia del Tribunal Constitucional, y de paso, su uso incorrecto de las categorías centrales de la teoría general de los derechos fundamentales y en concreto del principio de proporcionalidad. Para ayudar a mejorar esa doctrina, el autor propone, ante el conflicto entre democracia representativa clásica, democracia de partidos y democracia de ciudadanos, la regla prevalente del mandato libre (art. 66.2 CE) pero admitiéndose las limitaciones que en la práctica imponen los partidos (art. 6 CE), salvo en los conflictos abiertos entre representante y partido, en cuyo caso debe atenderse a la voluntad del electorado (art. 23.1 CE), presumiéndose que este exige el cumplimiento del programa electoral; en definitiva, la democracia de ciudadanos como límite, en estos casos, tanto a la libertad de los representantes como a las órdenes de los partidos.

Palabras clave: democracia, representación política, derechos de participación, proporcionalidad.

Abstract: *Constitutional Court judgment 151/2017 offers the author the opportunity to criticize the contradictions and gaps in the Constitutional Court's conception of democracy, along with its incorrect use of the central categories of the general theory of fundamental rights and, in particular, of the principle of proportionality. To help improve the Constitutional Court's doctrine, the author proposes, in the face of the conflict between classical representative democracy, party democracy and citizen democracy, the prevailing rule of free mandate (article 66.2 CE), while admitting that, in practice, the political parties impose limitations (article 6 CE), with the exception of open disputes between representatives and the party, in which case the will of the electorate must be fulfilled (article 23.1 CE), under the presumption that the voters demand that the manifestos be implemented. In short, citizen democracy should act as a limit, in such cases, on both the freedom of their representatives and on the orders of the political parties.*

Keywords: *democracy, political representation, participatory rights, proportionality.*

SUMARIO: 1. ¿CONFLICTO ENTRE TRES CONCEPCIONES DE LA DEMOCRACIA? 2. PROPUESTA DE SOLUCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3. LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO: LA LEY ORGÁNICA 2/2011. 4. LA SOLUCIÓN DE LA STC 151/2017: PUNTOS DÉBILES. 5. EL VOTO PARTICULAR DE CONDE-PUMPIDO. 6. CONCLUSIÓN.

1. ¿CONFLICTO ENTRE TRES CONCEPCIONES DE LA DEMOCRACIA?

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 151/2017, de 21 de diciembre, resuelve en sentido estimatorio la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) contra el párrafo tercero del artículo 197.1 a) de la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General (LOREG), introducido por la Ley Orgánica 2/2011. Aunque ya se han publicado al menos tres comentarios a esta Sentencia¹, ninguno de ellos encara de frente el problema político subyacente, y así no hay manera de entender la doctrina de un Tribunal, que por más que se disimule, es político, tanto por su origen como por las cuestiones que ante él se plantean, al menos en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes. Estos jueces, cuando analizan estas, actúan psicológicamente de tres maneras: a) miran quién fue el autor real de la ley (PP, PSOE o ambos) y quién la recurrió (si fue un recurso de inconstitucionalidad, PP o PSOE²) y apoyan al partido (autor o recurrente de la ley, según el caso) que materialmente les nombró³; b) miran el sustrato del conflicto (político) de fondo, deciden a favor de una de las dos opciones (políticas) enfrentadas y luego la recubren con argumentos jurídicos; c) se muestran asépticos y analizan fríamente el problema desde una perspectiva exclusivamente jurídica, de forma que la decisión final les sorprenda. Las tres perspectivas son incompatibles, y me inclino

¹ Dos de ellos son básicamente descriptivos, por lo que no los consideraré. Solo citaré el comentario de M. J. ALONSO MAS, “Los miembros no adscritos de las entidades locales ante la formulación de la moción de censura: una discutible aplicación del principio de proporcionalidad”, *Revista de Administración Pública*, nº 206, 2018.

² Por primera vez en la Historia de nuestra democracia, ahora dos partidos de la oposición cuentan con legitimación para recurrir, PP y Podemos. El partido de gobierno (ahora PSOE) lógicamente no va a recurrir las leyes del Parlamento que le apoya.

³ Resulta curioso que sepamos más de la vida de los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos (en cabecera de los telediarios cuando escribimos este trabajo) que de nuestro Tribunal Constitucional. Como ha sido denunciado hasta la saciedad (y de momento sin éxito) por la doctrina, en la práctica se sigue la regla de las cuotas ciegas, según la cual el PSOE y el PP apoyan mutuamente a sus candidatos, subvirtiéndose el espíritu de la Constitución, que pretendía que al menos ocho magistrados lo fueran de consenso. La composición actual del Tribunal es la siguiente: a) nombrados por el Congreso en julio de 2012: Juan José González Rivas (miembro de la Asociación Profesional de la Magistratura y colaborador de FAES, el *thinktank* del PP), Encarnación Roca, Andrés Ollero (ex diputado del PP) y Fernando Valdés (ex director general con el PSOE); b) nombrados por el Consejo General del Poder Judicial en junio de 2013: Santiago Martínez-Vares (miembro de la Asociación Profesional de la Magistratura y colaborador de FAES) y Juan Antonio Xiol (ex director general con el PSOE); c) Nombrados por el Gobierno en junio de 2013 (PP): Pedro González-Trevijano y Antonio Narváez; d) nombrados por el Senado en marzo de 2017: Antonio Montoya (colaborador de FAES y maestro del anterior magistrado Pérez de los Cobos, ex militante del PP), Ricardo Enríquez (propuesto por el PP de las Cortes de Castilla-La Mancha), Cándido Conde-Cumpido (ex Fiscal General del Estado con el Gobierno del PSOE) y María Luisa Balaguer (propuesta por el PSOE del Parlamento de Andalucía). Como se advierte, solo Encarnación Roca parece no tener vinculación ni con el PSOE ni con el PP. Hasta julio de 2021 no corresponde renovar el Tribunal.

a pensar que la predominante en la psicología de los magistrados es la segunda de las mencionadas, y esta es la que voy a adoptar en este comentario.

El problema político de fondo no es baladí sino seguramente el más importante de nuestro orden constitucional: la concepción de la democracia. Es claro que de este principio constitucional nuclear (seguramente el más nuclear de todos) caben diversas concepciones posibles, no infinitas, pues el texto constitucional marca pautas. Se trata entonces de descubrir la concepción constitucionalmente adecuada de nuestra democracia.

El problema parte del conflicto entre tres concepciones de la democracia, las tres presentes en el texto constitucional: la representación “clásica”, la democracia de partidos y la democracia de ciudadanos. Como no pueden darse concepciones contradictorias en un texto del mismo rango (principio de coherencia del ordenamiento), el jurista tiene que eliminar este conflicto mediante la interpretación sistemática.

Veamos primero las tres concepciones (presentadas como modelos puros) contradictorias:

1) La representación política (“clásica”) es un invento del Estado liberal burgués, teorizado sobre todo en el contexto de la revolución francesa de 1789. Pretendió en su origen sobre todo dos cosas: eliminar los residuos del Antiguo Régimen y de los poderes dominantes en ese marco y justificar ideológicamente (en el sentido marxista del término) el nuevo poder de la burguesía, impidiendo a la vez el poder del pueblo⁴. Los elementos de este concepto clásico de representación son tres, y de algún modo figuran (aunque de forma matizada) en nuestra vigente Constitución:

- a) El mandato general o representación nacional, en cuya virtud el Parlamento representa a la totalidad de la nación (hoy diríamos del pueblo), un subterfugio ideológico para negar que dentro de la misma existen multitud de intereses contradictorios. Según el artículo 66.1 CE, “Las Cortes Generales [en su conjunto, GER] representan al pueblo español”, lo que hoy puede aceptarse como ficción⁵, sin consecuencias jurídicas significativas⁶.

La ficción está clara en el siguiente pasaje del Tribunal Constitucional:

Las Cortes Generales (art. 66.1 CE), que en su doble condición de representantes del pueblo español (art. 66.1 CE) en quien reside la soberanía (art. 1.2 CE), y de titulares de la potestad legislativa (art. 66.2 CE) hacen realidad el principio de toda democracia representativa, a saber, que los sujetos a las normas sean, por vía de la representación parlamentaria, los autores de las normas, o dicho de otro modo, que los ciudadanos sean actores y autores del ordenamiento jurídico (STC 24/1990, FJ 2, cursivas mías, GER).

⁴ C. DE CABO MARTÍN, *Contra el consenso*, UNAM, México, 1997, pp. 127 y ss. La cita es de un trabajo de 1977.

⁵ Que se trata de una ficción, ya lo demostró, entre otros muchos, H. KELSEN, p. ej., en su *Teoría general del Estado* de 1925 (se cita por la traducción de Editora Nacional, México, 1979, pp. 400 y ss.).

⁶ F. RUBIO LLORENTE califica esta fórmula como “puramente léxica” y “simple tautología” (*La forma del poder*, CEPC, Madrid, 3ª ed., p. 607).

¿Alguien se puede creer que los ciudadanos hacen las leyes? Se trata sin embargo de una ficción aceptable, no dañina⁷, más que nada porque la alternativa, la representación estamental o corporativa (o su copia mala, la democracia orgánica de Franco), sería peor, y que sirve para justificar la unidad del Estado y la conexión de este con el pueblo y que no resulta incompatible con el hecho de que cada uno de los parlamentarios, como miembros de un partido⁸ o aisladamente considerados, represente a sus electores, que sería lo lógico. Como señala DE VEGA, “Ni cada representante representa ya a la totalidad de la Nación, ni todos los representantes representan a cada uno de los individuos. Suponer lo contrario equivaldría a sostener que un elector conservador y miembro de un partido conservador, estaría representado por un diputado comunista y viceversa”⁹. El Tribunal Constitucional parece no querer entender esta realidad tan evidente¹⁰.

- b) El mandato libre del representante individual, pensado originariamente, en una época sin partidos políticos, para preservar a cada parlamentario de las eventuales presiones de los supervivientes del Antiguo Régimen pero también para garantizar su libertad de juicio, como instrumento para mejor identificar el interés general de la nación¹¹. Se trata del elemento más claramente presente en nuestra vigente Constitución, y del que cabe extraer más

⁷ En su famosa conferencia sobre las ficciones en Derecho constitucional de 1948 (donde extrañamente no cita la ficción de la representación), N. PÉREZ SERRANO concluye con un juicio positivo sobre ellas, como mecanismos útiles que permiten el funcionamiento eficaz del sistema (ahora en *Escritos de Derecho político*, IEAL, Madrid, 1984, pp. 369-372). Su argumento es pragmático y elude la manipulación ideológica de fondo.

⁸ Representar a la nación como ente único y uniforme parece incompatible con el actual reconocimiento, inclusive constitucional, del pluralismo político (arts. 1.1 y 6 CE).

⁹ P. DE VEGA, “Significado constitucional de la representación política”, ahora en *Obras escogidas*, CEPC, Madrid, 2017, p. 412. También J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 75: “no deja de ser una ficción que los electores que no votaron a un representante –y hasta puede que le repugnen sus ideas– vengan representados por él”.

¹⁰ Así, destacando las contradicciones y oscuridades de su doctrina, G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Representación política y derecho fundamental*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 129-135.

¹¹ El argumento según el cual los representantes están mejor preparados que el pueblo para definir los intereses de este, resulta atendible y continúa en los más inteligentes defensores posteriores del sistema representativo, como J. S. MILL en el siglo XIX (*Del Gobierno representativo*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 93, original de 1861) o G. SARTORI en la actualidad (“En defensa de la representación política”, *Claves de Razón Práctica*, nº 91, 1999). Incluso P. DE VEGA, quien como después veremos, destaca la contraposición entre representación y democracia, cifra aquí “el verdadero sentido de la representación moderna” (*op. cit.*, p. 408), si bien no tanto por la mejor preparación de los representantes como por el esfuerzo (teórico) de estos en expresar los intereses del pueblo. Paralelamente, la desconfianza hacia el pueblo recorre toda la Historia del pensamiento político (al respecto, V. PAZÉ, *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Marcial Pons, Madrid, 2013) y la encontramos presente p. ej. en las resistencias de buena parte de nuestros colegas a admitir un referéndum en Cataluña. Ahora bien, este argumento parte de dos premisas fácticas (los parlamentarios tienen buena preparación y actúan movidos por el interés del pueblo), que seguramente sean falsas; al respecto, últimamente, R. BLANCO VALDÉS, *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018, pp. 129 y ss.

importantes consecuencias jurídicas, pues se formula como regla y no como principio: “Los miembros [esto es, cada parlamentario individual, GER] de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo” (art. 67.2), y más adelante: “El voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable” (art. 79.3). La cuestión es saber qué facultades incluye esta libertad del representante y si puede limitarse en algunos casos. Parece claro que los parlamentarios no están obligados a obedecer a sus partidos (y así lo afirma reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional) pero no está tan claro que hayan de prestar oídos sordos a sus electores.

- c) El mandato no revocable, que es una garantía de lo anterior. Este elemento de la representación clásica no aparece sin embargo como tal en nuestra Constitución. Al respecto, GARRORENA cita el artículo 68.4 CE (“el mandato de los diputados termina cuatro años después de su elección”), que para él indica “que no termina por otras causas, ahí incluida la revocación acordada por quienes le eligieron”¹². Según esta interpretación, a mi juicio demasiado “clásica” (obsoleta, diríamos), habría que declarar inconstitucional el artículo 21 del Reglamento del Congreso de los Diputados¹³. En muchos países se admite la revocación ciudadana de parlamentarios¹⁴ y en todos ellos se sigue hablando de mandato representativo.

En consecuencia, la representación clásica se reduce, en la Constitución vigente, a la libertad del representante individual.

2) La aparición de los partidos se opone claramente a la concepción anterior: hoy no son los representantes quienes deciden sino los partidos y en la práctica aquellos obedecen normalmente a las instrucciones de estos. Se trata de un dato de hecho pero discutiblemente una concepción que pueda derivarse de la norma constitucional¹⁵. Ciertamente, el artículo 6 afirma que los partidos “concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación

¹² A. GARRORENA MORALES, *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, 2ª ed., 2013, p. 136.

¹³ Ciertamente, este precepto se refiere a las causas de suspensión, no de terminación, de la condición de diputado pero a efectos prácticos viene a ser lo mismo.

¹⁴ Para un listado no exhaustivo, últimamente, L. M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, “Consideraciones sobre la crisis de la soberanía y de la representación a nivel estatal. Elementos de las nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo y tecnología”, en *Sovranità e rappresentanza*, Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 148-149. En España la revocación popular de los parlamentarios no está en la agenda (y no la veo sentido, pues un parlamentario individual carece de poder efectivo) pero considero que la Constitución no la prohíbe. Los argumentos contra la revocación creo que son más políticos que jurídicos: J. GARCÍA ROCA, “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 69; A. GARRORENA MORALES, *Escritos sobre la democracia*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 205-206.

¹⁵ Resulta claro que nuestra Constitución no reconoce un Estado de partidos sino, en su caso, una democracia de partidos, sometida ésta a las reglas del Derecho; al respecto, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, “Democracia de partidos versus Estado de partidos”, en *Derecho de partidos*, Espasa, Madrid, 1992.

política”, pero los partidos no vuelven a aparecer como tales en ningún otro precepto constitucional¹⁶ y del artículo 6 no se sigue la obligación de los parlamentarios de obedecer a los partidos. Entre una regla clara (art. 67.2) y una norma de principio con un alcance jurídicamente poco claro (art. 6) debe prevalecer la primera. Ahora bien, alguna trascendencia debe darse a la constitucionalización de los partidos.

3) La democracia ciudadana, que podría parecer un pleonismo, se manifiesta en la Constitución sobre todo en el artículo 23.1, según el cual “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”. Parece claro que representación liberal burguesa y democracia están en contradicción¹⁷ pero también que la primera se encuentra recogida, al menos en parte, literalmente en la propia Constitución (art. 67.2), por lo que no puede ser obviada del todo. El mandato representativo es en efecto libre pero si entendiéramos esta libertad en términos absolutos, el papel de los ciudadanos seguiría siendo mínimo, como en el siglo XVIII, y esto parece incompatible con su derecho de participación. Un derecho de participación reducido al sufragio convertiría al artículo 23.1 en mera retórica, pues aquel ya se encuentra en el artículo 68.1.

Si la concepción 2 no está realmente en la Constitución, se trata entonces de hacer compatibles las concepciones 1 y 3, en el sentido siguiente: los ciudadanos han de desempeñar algún papel aparte del sufragio, aunque sea mínimo. La concordancia práctica o ponderación se circunscribe en esencia a coordinar los artículos 67.2 y 23.1. La fórmula podría ser esta: como regla general, los representantes son libres y los casos de conflicto de estos con su partido deben solucionarse desde la regla especial de respeto a la voluntad de los electores. Entre nosotros, PORTERO expresa bien esta idea fuerza: adecuar la figura del representante “a las exigencias de la teoría democrática de la representación significa limitar la independencia del representante, impidiendo que su actuación resulte contradictoria con la voluntad expresada por los electores”¹⁸. Es decir, puede limitarse la libertad de los representantes en estos casos, pero no con apoyo en el sometimiento a su partido sino a sus electores.

¹⁶ Salvo en los arts. 127.1 y 159.4, para prohibir respectivamente la pertenencia a partidos de los jueces y el ejercicio de cargos directivos en los partidos a los magistrados del Tribunal Constitucional.

¹⁷ Afirmación bien argumentada por R. CARRÉ DE MALBERG ya en 1922, negando la compatibilidad entre soberanía popular y representación (*Teoría General del Estado*, FCE, México, 1998, pp. 914 y ss.) y constante en nuestra mejor doctrina: p. ej., P. DE VEGA, “Significado...”, *cit.*, p. 407, con cita del propio SIEYÈS, o A. TORRES DEL MORAL, “Representación (democracia representativa)”, en J. J. González Encinar (dir.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 812. Para una argumentación más completa sobre este punto, C. DE CABO MARTÍN, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 91-96.

¹⁸ J. A. PORTERO MOLINA, “Sobre la representación política”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, p. 111. En términos más amplios pero similares se pronuncia la práctica totalidad de la doctrina: entre otros muchos, p. ej., J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, “Democracia...”, *cit.*, p. 28: “la interrelación entre la Sociedad y la organización del Estado es un requisito *sine qua non* del carácter democrático del Estado”, o I. GARRIDO GÓMEZ, *La democracia en la esfera jurídica*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 64: “Una rehabilitación del papel de los partidos

El representante se encuentra sometido sobre todo a dos voluntades: una real (voluntad del partido) y otra ficticia (voluntad de los electores). Podemos conocer lo que el partido manda hacer a los representantes que pertenezcan a él pero no lo que quieren los electores, pues hoy por hoy no se establece ningún mecanismo (al menos institucionalizado)¹⁹ de diálogo entre unos y otros después de las elecciones. Para el Tribunal Constitucional parece que los representantes no están obligados a obedecer al partido ni a los electores pero algunas sentencias apuntan a la necesidad de tener en cuenta la voluntad de estos últimos²⁰: una línea jurisprudencial fragmentaria y balbuciente, que a mi juicio debería reforzarse. ¿Y cómo conocer la voluntad de los electores, teniendo en cuenta que no sabemos quiénes fueron (voto secreto) y qué piensan realmente ahora (inexistencia de cauces para preguntarles)? A mi juicio, no hay otra manera que analizando el programa electoral. Por tanto, en los casos límite de tensión entre voluntad del partido y voluntad de los electores debería presumirse que los representantes actúan de conformidad con el artículo 23.1 cuando se muestran fieles al programa electoral²¹. Esta propuesta exigiría analizar en cada caso el programa y su incumplimiento, algo que los tribunales podrían hacer. Al Tribunal Constitucional le resulta más cómodo establecer una presunción *iuris et de iure*, que en realidad no es presunción sino ficción, en este caso dañina:

Lo propio de la representación, de cualquier modo que esta se construya, tanto basada en el mandato libre como en el mandato imperativo, es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél.

como herramienta de la participación política exige una relación más estrecha con la sociedad y no seguir con el monopolio de la representación y de la política”. Otros autores concretan más pero, hasta donde yo he visto, no aclaran cómo lograr esta interrelación: p. ej., A. M. ABELLAN, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 148 (“buscar, incluso frente a los partidos, los contenidos relacionales y dialécticos entre representantes y representados”); G. ARRUEGO RODRIGUEZ, “Representación política, participación política representativa y mediación partidista del vínculo entre representantes y representados en la CE de 1978”, en *Transfugismo...*, cit., p. 97 (“el ordenamiento jurídico ha de posibilitar el desarrollo por parte del representante del compromiso político eventualmente adquirido con los ciudadanos”). M. A. PRESNO LINERA va más allá, al exigir una suerte de vinculación jurídica entre representantes y representados, pero tampoco concreta cómo: “Si la cadena de legitimación democrática del sistema representativo se inicia con la elección de los representantes, no termina ahí y dicha elección pone en marcha una correa de transmisión de voluntades entre electores y elegidos, [resultando] imprescindible articular una relación jurídica, y no meramente política” (“El 15M y la democracia real”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 25, 2012, p. 43).

¹⁹ He propuesto la participación de los grupos representativos en el procedimiento de elaboración de las leyes que les afecten, en *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 120 y ss. Para otras opciones, A. GARRORENA MORALES, *Escritos...*, cit., pp. 205-207.

²⁰ G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Representación...*, cit., pp. 156 y ss.

²¹ Se trata evidentemente de una presunción, que en casos especialmente dudosos e importantes debería ser sustituida por la consulta directa, como propone R. ZIPPELIUS, *Teoría general del Estado*, Porrúa, México, 2ª ed., 1989, pp. 177-178.

El desconocimiento de o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella (STC 185/1999, FJ 4).

El razonamiento no puede ser más endeble, cuando no un insulto a la inteligencia. El Tribunal parece aceptar la democracia de identidad, en su día antesala del fascismo, para burlarse de los ciudadanos, que misteriosamente desaparecen entre unas elecciones y otras. ¡Se vulneraría el derecho de participación de los ciudadanos si se les permitiera participar! Lo absurdo de esta tesis es evidente.

2. PROPUESTA DE SOLUCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antes de analizar la Sentencia, expongo una posible solución del problema, que no es la seguida por el Tribunal pero que resulta más coherente con la teoría general (*rectius*, doctrina general) de los derechos fundamentales y que de algún modo puede entretenerse de manera deslavazada y fragmentaria (también a veces contradictoria) en la misma jurisprudencia constitucional. Veamos: el Tribunal Constitucional se acerca al problema de la representación desde la óptica de los derechos fundamentales, normalmente en recursos de amparo, lo que explica la endeblez de su doctrina, pues no es su papel hacer teoría sino resolver casos concretos muy diferentes. Influida en demasía por la representación clásica, dibuja un derecho fundamental de participación ciertamente extraño, hasta el punto de que no es, propiamente, un derecho fundamental (aparte del sufragio activo)²², sino más bien un principio interpretativo de lo que sí es el auténtico derecho fundamental en la práctica, a saber, el derecho de los representantes a participar. En otras palabras: un derecho fundamental de los ciudadanos sin facultades de sus titulares no existe; sin embargo, se protegen como derecho las facultades de los representantes, luego este derecho sí existe. Para no hacer desaparecer del todo a los ciudadanos, el Tribunal se inventa el subterfugio de que los representantes actúan en favor de los ciudadanos (léase sus electores), pero luego no siempre es consecuente con este aserto.

El derecho fundamental de los representantes, que es un derecho de libertad (compuesto por tanto por un haz de facultades, inmunes a prohibiciones, disuasiones o castigos por su ejercicio) tiene un triple contenido, determinado en la ley:

- 1) Contenido esencial: aquellas facultades que en ningún caso pueden ser limitadas (teoría absoluta del contenido esencial). Lo esencial es lo más impor-

²² Este comentarista acude al apartado sobre “derecho de participación política” de los manuales de derechos fundamentales y Derecho constitucional más citados o recientes, y no encuentra la concreción de ninguna facultad de los ciudadanos aparte del sufragio; tampoco en la monografía al parecer de referencia: M. R. PÉREZ ALBERDI, *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2013. Lo que sorprende no es esto sino que a ninguno de mis colegas les parezca extraño ni criticable una determinación tan estrecha del contenido de este derecho fundamental. A mi juicio, si un derecho fundamental se traduce en lo que dice la ley y solo en lo que dice la ley, no es propiamente un derecho fundamental.

tante, el núcleo duro del derecho²³, en este caso de la función representativa: votar y, antes de ello, informarse en la medida necesaria para votar con conocimiento de causa.

- 2) Contenido a secas: aquellas facultades que pueden ser limitadas, con respecto al principio de proporcionalidad.
- 3) Contenido adicional: aquellas facultades añadidas por la ley pero que no forman parte propiamente del derecho fundamental sino del derecho subjetivo a secas.

El principio de igualdad juega paralelamente al derecho como sigue: parece que por definición los derechos fundamentales deben ser iguales para todos, al menos formalmente iguales. El contenido esencial nunca puede ser limitado y cabrían limitaciones al contenido a secas, pero no si implicaran trato desigualitario entre los titulares del derecho. Por último, el contenido adicional puede ser limitado e introducirse diferencias entre unos titulares y otros, siempre que resulten objetivas y razonables.

3. LA LUCHA CONTRA EL TRANSFUGUISMO: LA LEY ORGÁNICA 2/2011

El transfuguismo político preocupa lógicamente a las cúpulas de los partidos, que no están dispuestas a permitir rebeliones en el interior de sus jerarquizadas y poco democráticas organizaciones. El bipartidismo se alía esta vez, como en los tiempos de Cánovas, y PP y PSOE firman el 7 de julio de 1998 un “código de conducta” dirigido en síntesis a castigar a los tránsfugas de sus partidos, renovado por nuevos acuerdos de 26 de septiembre de 2000 y 23 de mayo de 2006, y plasmado en sucesivas reformas legislativas²⁴. Como consecuencia del primero de ellos, la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, modificó el artículo 73.3 de la Ley de bases de régimen local e introdujo la figura de los miembros de las corporaciones locales no adscritos a ningún grupo político; esto es, los concejales o diputados provinciales que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia. Se superaba de ese modo el anterior diseño normativo en el que los miembros de las entidades locales en dicha situación pasaban a integrarse en el grupo mixto.

La última de las reformas derivadas de los acuerdos contra el transfuguismo es la Ley Orgánica 2/2011, en la que conviene detenerse. Tiene su origen en una propo-

²³ El Tribunal, quien por cierto va abandonando esta categoría, no realiza realmente una distinción entre contenido esencial y no esencial. Se refiere en varias ocasiones al núcleo duro o esencial de la función representativa pero parece claro que se trata del contenido a secas del derecho, pues admite límites. La doctrina tampoco parece esforzarse mucho en distinguir: p. ej., J. GARCÍA ROCA, *Cargos...*, cit., p. 159, viene incluso a afirmar que la categoría contenido esencial, al menos aplicada a este derecho, es inútil. Tampoco E. CARMONA CUENCA distingue entre esas dos partes del contenido del derecho: “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político”, en *Transfuguismo político...*, cit., pp. 566-568.

²⁴ Para esta evolución, J. GARCÍA ROCA, “Representación...”, cit., pp. 70 y ss.

sición de ley de los grupos socialista, catalán y vasco, tramitada con carácter urgente casi al final de la segunda legislatura del presidente Rodríguez Zapatero, y que fue aprobada en el Pleno del Congreso de 21 de diciembre de 2010 por 340 votos a favor y 8 en contra²⁵. Esta Ley introduce numerosas reformas de la LOREG, pero aquí solo nos interesa la primera parte del nuevo artículo 197.1:

El Alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, cuya presentación, tramitación y votación se regirá por las siguientes normas:

a) La moción de censura deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación y habrá de incluir un candidato a la Alcaldía, pudiendo serlo cualquier Concejales cuya aceptación expresa conste en el escrito de proposición de la moción.

En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura formara o haya formado parte del grupo político municipal al que pertenece el Alcalde cuya censura se propone, la mayoría exigida en el párrafo anterior se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

Este mismo supuesto será de aplicación cuando alguno de los concejales proponentes de la moción haya dejado de pertenecer, por cualquier causa, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato.

Es decir, en dos supuestos el voto de algunos concejales cuenta menos: cuando los concejales “traicionan” a sus partidos y cuando (las razones no importan, después volveré sobre ello) hayan cambiado de partido. La Exposición de Motivos de la Ley justifica así este castigo a los concejales:

Probablemente con esta reforma no se podrá evitar que sigan existiendo “tránsfugas”, pero sí que con su actuación modifiquen la voluntad popular y cambien gobiernos municipales. Todos los partidos han sufrido la práctica de personas electas en sus candidaturas que abandonan su grupo y modifican las mayorías de gobierno. De ahí que fuera una necesidad imperiosa encontrar una fórmula para que, desde el respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, esto no volviera a producirse. Se trata, en definitiva, de una medida de regeneración democrática que contribuirá a eliminar las tensiones políticas y sociales y que favorecerá de cara al futuro la estabilidad en la vida municipal.

4. LA SOLUCIÓN DE LA STC 151/2017: PUNTOS DÉBILES

El tercer párrafo del artículo 197.1 a) LOREG es cuestionado ante el Tribunal Constitucional por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, a raíz del siguiente supuesto de hecho: tras las elecciones de 11 de junio de 2011, el Ayuntamiento de Tacoronte (Tenerife) queda constituido con 7 concejales de Coalición Canaria, 6 del

²⁵ Me sigue pareciendo extraño que en la lectura de los diarios de sesiones los ciudadanos nunca sepamos quiénes votaron a favor y quiénes en contra, aunque con esfuerzo podríamos más o menos intuirlo tras analizar las intervenciones previas de los grupos.

PP, 6 del PSOE y 2 de Alternativa sí se puede por Tenerife (21 concejales en total), siendo elegido alcalde Álvaro Agustín Dávila, de Coalición Canaria, con los votos de su partido y del PSOE (13 votos). El 9 de octubre de 2013, los 6 concejales del PP y 5 del PSOE presentan moción de censura al alcalde, proponiendo el nombramiento como tal de uno de los concejales del PSOE, Rodolfo León, que finalmente es elegido nuevo alcalde, con 11 votos, justo la mayoría absoluta. El 18 de octubre los 5 concejales del PSOE firmantes de la moción son expulsados del partido. El único concejal del PSOE no firmante recurre el nombramiento de Rodolfo León, y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo le da la razón, restituyendo en la alcaldía a Álvaro Agustín Dávila, pues efectivamente, según la LOREG el voto de los expulsados del PSOE valía menos, y Rodolfo León debió haber obtenido 16 votos (11 de mayoría absoluta más 5 de los expulsados).

Por tratarse de una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal no puede atender a este caso concreto sino analizar la ley “en abstracto”, en la medida en que esto resulte posible, pero lo cierto es que el caso pone de manifiesto que el precepto cuestionado “mete en el mismo saco” supuestos de hecho que en la realidad pueden ser muy diferentes: casos de traición de los concejales a su partido pero también al revés, no siendo impensable que aquellos abandonen (voluntariamente o por expulsión) a este por fidelidad a su electorado.

A mi juicio, el planteamiento correcto del problema debió ser este: el derecho fundamental del artículo 23.2 incluye la facultad de votar en una moción de censura. La disminución del peso de este voto de los concejales que cambiaron de partido es una intervención (en concreto, disuasión o castigo) sobre esa facultad. Podemos aceptar que la intervención no afecta al contenido esencial del derecho²⁶, pues votar, lo que se dice votar, sí pueden. Afecta sin embargo al contenido a secas del derecho fundamental, que puede limitarse pero no creando diferencias de trato entre unos concejales y otros, más cuando el propio artículo 23.2 expresamente se refiere a “condiciones de igualdad”. Como la ley diferencia, es inconstitucional. Aquí debió terminar el problema. La Sentencia incluso abre este camino pero después se olvida:

El artículo 23.2 determina, una vez dispuesta la facultad representativa de que se trate (aquí la moción de censura en el ámbito local), que su regulación no podrá conllevar restricciones ilegítimas contrarias a la garantía de igualdad [...]; tales limitaciones o restricciones no pueden operar [...] en contra de la garantía de igualdad sobre los derechos integrantes del ius in officium.

Sin embargo, la Sentencia no enfoca el asunto desde la igualdad sino desde el principio de proporcionalidad, que es un concepto diferente. Considera que la medi-

²⁶ El Auto de planteamiento de la cuestión parece considerar que afecta al contenido esencial. Según leemos en el Antecedente 3, “Tales limitaciones afectan directamente, a su criterio, al *núcleo esencial* de la función representativa que constitucionalmente tienen atribuida; en concreto, a la facultad de control de la acción de gobierno a través del apoyo de mociones de censura. [...] Esas restricciones, por más que se aprueben contra el transfuguismo, en tanto que *inciden en el núcleo esencial* de la función representativa (art. 23.2 CE), no pueden venir justificadas por la disciplina de partido ni por la relevancia que la Constitución y las leyes electorales brindan a los partidos políticos como canalizadores del pluralismo político” (cursivas mías, GER).

da afecta al derecho fundamental (no aclara si a su contenido esencial o a su contenido a secas, pero resulta claro que no estamos ante su contenido adicional), y al hilo de esta afirmación realiza algunas consideraciones previas (FJ 6), quizás innecesarias pero que conviene tener en cuenta. El Tribunal Constitucional insiste, de manera anacrónica y contraria a la democracia de ciudadanos, en la concepción clásica de la representación, entendiendo el mandato representativo como un derecho absoluto:

El mandato libre supone, en definitiva, la exclusión de todo sometimiento jurídico del representante, en cuanto tal, a voluntades políticas ajenas y proscribire por ello, en particular, que sobre él se hicieran pesar tanto instrucciones vinculantes en Derecho que pretendieran disciplinar su proceder, como asimismo cualquier tipo de sujeción, jurídicamente impuesta, a la confianza de sus electores (expresada del modo que se pretendiera) o de las organizaciones o grupos políticos en que se integre o en cuyas listas hubiera concurrido a las elecciones. Una sujeción que, de llegar a verificarse, contrariaría adicionalmente sus derechos al mantenimiento en el cargo y a ejercerlo sin constricciones ilegítimas (art. 23.2 CE). Los vínculos y lealtades de orden político de cualesquiera representantes populares son, en definitiva, consustanciales a una democracia representativa en la que los partidos, muy en especial, cumplen los cometidos capitales que enuncia el artículo 6 CE, pero es la propia racionalidad de esta forma de gobierno la que impide, precisamente en favor de una representación libre y abierta, que el Ordenamiento haga suyos tales compromisos, prestándoles su sanción y convirtiéndolos, de este modo, en imperativos jurídicos.

En todo caso, no se trata de que la voluntad de los electores sea jurídicamente obligatoria como tal (yo no propongo esto) sino que al menos sea tenida en cuenta en los casos límite. La tesis del Tribunal resulta sin embargo contradictoria con su análisis posterior, pues si estamos ante un derecho absoluto (*rectius*, contenido esencial), cualquier limitación sería de por sí inconstitucional, sin necesidad de examinar su legitimidad, y si estamos ante un derecho limitable (contenido a secas), no pueden hacerse distinciones discriminatorias²⁷.

Seguidamente el Tribunal se detiene en examinar los bien conocidos elementos del principio de proporcionalidad, y lo hace paso a paso, como debe ser:

1) *Finalidad de la medida*. Aquí encontramos de entrada un problema metodológico pues el legislador no está obligado a motivar sus actuaciones y es el Tribunal quien debe hacer de abogado del legislador. El único dato que toma en consideración es la Exposición de Motivos de la ley; podía haber acudido también a los debates parlamentarios, pero no lo hace. El problema es que la Exposición de Motivos, antes transcrita, alude en realidad a dos finalidades de la medida, que no son coincidentes y que incluso en ocasiones pueden contradecirse entre sí: el respeto a la voluntad popular y la estabilidad de la vida municipal. Si se trata de dos fines distintos, deben

²⁷ Así también M. J. ALONSO MAS, “Los miembros...”, *cit.*, pp. 162-168, sin adscribirse claramente a ninguna de las dos tesis pero concluyendo con claridad que “si estamos ante derechos de igualdad, el análisis de proporcionalidad sobra”.

analizarse separadamente²⁸. También pudo haber escogido uno de los dos y razonar a partir de él, pero la Sentencia no es clara en la identificación del fin. ¿Cuál de los dos fines es el más importante o coherente con la concepción constitucional de la democracia?²⁹ A mi juicio, el primero de ellos, que apunta a tener en cuenta la voluntad de los ciudadanos. La estabilidad municipal (que no cambie el alcalde) puede ser atendible pero es mucho menos importante, ni siquiera es un fin en sí mismo, y precisamente la misma existencia de la moción de censura así lo demuestra.

El mismo abogado del Estado (pues extrañamente los letrados de las Cortes no presentaron alegaciones) opta, con buen criterio, por la vía que propongo: plantea bien el conflicto entre democracia representativa y democracia ciudadana, dando prevalencia a la segunda, pero después hace trampa y transforma esta última en democracia de partidos. El Antecedente 6 lo resume así:

El legislador, a través de lo dispuesto en el artículo 197.1 a) LOREG, concreta su potestad de configuración legal del derecho fundamental conciliando y coordinando normativamente los dos principios que sustentan su reconocimiento constitucional: el principio de soberanía popular, que fundamenta el derecho a la participación política [democracia ciudadana, GER], y el principio de representatividad democrática, que fundamenta el derecho al ejercicio del cargo electoral. Dicho lo anterior, después de enunciar la prevalencia del principio representativo y el límite de no defraudar la voluntad popular, [el abogado del Estado] afirma que en una democracia representativa “el derecho preponderante debe serlo el que se predique más directamente del titular de la soberanía, no tanto el del mandatario que la ejerce por cuenta de aquel. Ni tampoco el del partido político... meras entidades instrumentales del titular de la soberanía”. Y señala que la norma controvertida persigue garantizar esa prevalencia, conteniendo por ello el artículo 197.1 a) párrafo tercero LOREG un requisito ajustado a la Constitución, en cuanto que se encomienda a salvaguardar la voluntad colectiva del cuerpo electoral con una limitación razonable a la actuación de los concejales electos, dirigida a evitar un fraude al electorado a través de la alteración de la orientación política del órgano representativo.

Para el abogado del Estado no obedecer al partido es objetivamente (presunción *iusuris et de iure*) un fraude al electorado, y ya he señalado que esto no es necesariamente así. El Tribunal, vanidoso como siempre, no menciona después esta interesante línea y se aferra formalmente a la democracia representativa, para después contradecirse materialmente reconociendo que tiene límites, pero no se sabe qué justifica tales límites. Intentemos desentrañarlo en su examen de los tres elementos siguientes del principio de proporcionalidad.

²⁸ Así, M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 99. Como afirma este autor, si la finalidad se identifica mal, el resto de la argumentación falla.

²⁹ La identificación correcta del fin no es baladí, como se demuestra con detalle en A. BARAK, *Proporcionalidad*, Palestra, Lima, 2017, pp. 318 y ss. También C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pp. 688 y ss.

2) *Adecuación de la medida al fin*. Aquí ya sabemos cuál es el fin identificado por el Tribunal: dificultar la remoción del alcalde, esto es, el segundo de los mencionados en la Exposición de Motivos. El primero, que es mucho más importante, desaparece (de momento al menos) por arte de magia. En este punto la Sentencia (aunque comete el error de aludir también al supuesto del párrafo segundo, no cuestionado en este proceso) tiene razón: disminuir la importancia del voto de los tránsfugas dificulta la remoción del alcalde.

3) *Necesidad de la medida*, o más correctamente, que no exista otra, igualmente conducente al fin de la estabilidad, menos dañosa para el derecho fundamental afectado. Nuevamente, encontramos en este punto un problema metodológico, pues quien cuestiona la ley debe enunciar otras formas de lograr el objetivo pretendido, una especie de carga de la prueba del demandante³⁰, pero como en este caso no hay tal, debió haberlo hecho el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. No lo hace pues su planteamiento, como se dijo, fue otro: la medida afecta al contenido esencial, y por tanto huelga la entrada en juego del principio de proporcionalidad. Como nadie propone medidas alternativas, el Tribunal se va por la tangente, y de forma confusa y mal argumentada considera cumplido el principio de necesidad³¹.

Aquí creo sin embargo que pudieron considerarse alternativas, distinguiéndose donde la ley no distingue (la justicia exige tratar de forma diferente a situaciones que son diferentes). De hecho, la Sentencia, pero en el lugar inadecuado, así lo reconoce³²:

La norma impugnada *equipara*, en la restricción del derecho, a todos los concejales que hayan dejado de pertenecer al grupo político municipal al que se adscribieron al inicio de su mandato (“por cualquier causa”, dice la previsión legal). Por consiguiente, *no establece diferencia alguna en función de las circunstancias* que puedan haber desencadenado el cese de dicha vinculación con el grupo político municipal, ni precisa el fundamento que permitiría asociar la disolución de la relación orgánica con el grupo político de origen y los fines singulares, relativos a la estabilidad municipal, que la norma debe intentar asegurar, según las declaraciones del preámbulo de la Ley Orgánica. *No distingue* tampoco, en particular, en función de que la separación del grupo ataña o no a la vida de esa concreta corporación municipal. Tampoco valora el significado que eventualmente podría revelar la proporción de concejales que hayan expresado el desafecto o desacuerdo con el grupo político. Y no precisa, en fin, las razones que pudieran expresar un fraude de representación, ya sean políticas o de otra índole, y que pudieran estar en la base de ese resultado. Estima, antes bien, que cualquier disolución de ese nexo orgánico (único factor relevante y presupuesto único de

³⁰ Así, en cierto modo, M. GONZALEZ BEILFUSS, *El principio...*, cit., p. 104. El autor destaca la relajación e insuficiente construcción del principio de necesidad en la reciente jurisprudencia (pp. 105-108).

³¹ Para un desarrollo de este elemento, A. BARAK, *Proporcionalidad*, cit., pp. 351 y ss. y C. BERNAL PULIDO, *El principio...*, cit., pp. 734 y ss.

³² Así también M. J. ALONSO MAS, “Los miembros...”, cit., p. 162, aunque sin demasiada claridad.

la norma) es contraria en sí misma considerada a la estabilidad de la vida municipal o del gobierno local, *equiparando el respeto de la voluntad popular y del gobierno local a la protección del alcalde que fue designado*, cuando lo cierto es que la representación política, en democracia, es siempre colegiada y el alcalde, por ello, representa al ayuntamiento, perfilándose las mayorías de acuerdo a los pactos que se establecen. En definitiva, parte el legislador de que cualquier hipótesis de disolución del vínculo político es merecedora de una intervención que asegure la regeneración democrática, premisa esta que, ante la descrita falta de determinación normativa que lo fundamente, no puede aceptarse. [...] *No es cierto que la desvinculación orgánica o política del grupo de origen desestabilice por defecto o sin excepción la vida municipal o modifique la voluntad popular*. [...] La norma, en suma, sujeta al concejal al grupo político de origen bajo advertencia de restricción de las funciones representativas básicas, *sin que ese efecto responda inevitablemente a una defraudación de la voluntad popular* o a un hacer que busque la desestabilización de la dinámica municipal, como el preámbulo de la Ley Orgánica invoca.

La solución mejor podría haber partido de otra identificación de la finalidad de la medida, la primera citada en la Exposición de Motivos de la ley, propuesta también (aunque con trampa) por el abogado del Estado: el respeto a la voluntad de los electores, que de algún modo reaparece en este último momento de la argumentación, reconociéndose que los concejales que cambian de partido no siempre traicionan a su electorado, luego la opinión de los ciudadanos, aunque de soslayo y por la puerta falsa, debe tenerse en cuenta. La ley podría entonces haber dicho algo así como lo siguiente (propuesta de GER):

En el caso de que alguno de los proponentes de la moción de censura haya dejado de pertenecer, incumpliendo el programa electoral con que su partido concurrió a las elecciones, al grupo político municipal al que se adscribió al inicio de su mandato, la mayoría absoluta exigida para la moción se verá incrementada en el mismo número de concejales que se encuentren en tales circunstancias.

De esta forma, había una medida alternativa y se incumple el principio de necesidad: la libertad del concejal se limita correctamente, con fundamento en el principio constitucional de democracia ciudadana; en otras palabras, la democracia representativa (libertad del representante) se pondera en los casos límites con la democracia ciudadana (respeto al electorado, plasmado en el cumplimiento del programa electoral). Es cierto que esta solución exige verificar una serie de hechos (lo que decía el programa y si el cambio de partido obedece o no al incumplimiento del programa electoral) en el proceso, pero los tribunales ordinarios bien podrían hacerlo³³,

³³ Este comentarista ha tenido que ejercer de politólogo aficionado, en la búsqueda de casos recientes de mociones de censura municipales, analizando al efecto las presentadas en los Ayuntamientos de Quéntar, Tarifa, Frigiliana, Pizarra, Ronda, Manilva, Arenas, Cuevas del Becerro, Rincón y Guájares. Pues bien, es difícil verificar en estos casos que la moción tuviera causa en el incumplimiento por el alcalde censurado del programa electoral de su partido. Este dato no anula

pues la valoración de hechos forma parte de la función judicial, aunque normalmente se otorgue menos importancia a esta actividad.

4) *Proporcionalidad en sentido estricto* o correcta ponderación entre la finalidad de la medida (para el Tribunal, la estabilidad municipal) y el daño al derecho fundamental. Es aquí donde el Tribunal encuentra la inconstitucionalidad, pero tiene razón el voto particular de Conde-Pumpido cuando señala que la ponderación no aparece por ningún lado³⁴. Lo correcto, como señalé antes, debió haber sido considerar vulnerado el principio de necesidad (o mejor incluso, como también señalé, el contenido esencial del derecho fundamental).

5. EL VOTO PARTICULAR DE CONDE-PUMPIDO

La Sentencia tiene tres votos particulares, pero dos de ellos son concurrentes y se refieren a los efectos de la Sentencia, cuestión esta interesante pero en la que no entraré. Me detendré únicamente en el voto particular, que disiente del fallo, del magistrado Cándido Conde-Pumpido, apoyado por Alfredo Montoya y Juan Antonio Xiol. Conde-Pumpido viene a señalar que la finalidad de la ley es respetar el resultado de los comicios (no hace referencia a la otra finalidad, la estabilidad municipal), pero lo expresa de forma ambigua. Lo que el magistrado disidente quiere en realidad decir es que debe respetarse siempre la voluntad de las cúpulas de los partidos, y que por tanto los compromisos que estos asumieron y la voluntad real de los electores carecen de toda relevancia. En otras palabras, los jefes de los partidos mandan, y quienes no obedezcan merecen un castigo. Ni democracia representativa ni democracia ciudadana sino democracia de partidos, o mejor dicho, poder absoluto de sus élites. En definitiva, una vuelta atrás, pues nuestra mejor doctrina viene afirmando desde hace años la necesidad de limitar este poder, sirviendo la prohibición del mandato imperativo como un instrumento adecuado para ello³⁵.

Tiene sin embargo razón Conde-Pumpido al afirmar que la proporcionalidad es un concepto distinto al de igualdad o al de interdicción de la arbitrariedad, aunque comete un error de bulto cuando señala que “la norma [...] reacciona [...] frente a la eventual intención de ese concejal de apoyar una moción de censura contra el alcalde a cuyo grupo político pertenecía antes”, pues eso es lo que proscribía el párrafo segundo, que no fue cuestionado (recuérdese que el proceso versaba solo sobre el párrafo tercero). Tiene también razón Conde-Pumpido cuando afirma que la Sentencia no realiza en realidad una ponderación entre dos bienes enfrentados, y es él mismo quien la realiza, como sigue:

mi propuesta; antes al contrario, pone de manifiesto que las mociones deben ser serias, legitimadas en los compromisos con el electorado y no en razones espurias.

³⁴ En general, GONZALEZ BEILFUSS critica el uso incorrecto de este sub-principio en la más reciente jurisprudencia: *El principio...*, cit., pp. 108 y ss. Para un desarrollo exhaustivo de la ponderación, A. BARAK, *Proporcionalidad*, cit., pp. 375 y ss. y C. BERNAL PULIDO, *El principio...*, cit., pp. 757 y ss.

³⁵ P. ej., F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, cit., p. 685, o J. GARCÍA ROCA, “Representación...”, cit., pp. 66 y ss.

La medida resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto, incluido el *ius in officium* de los concejales. En cualquier caso, no concurre el “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” entre la medida y la finalidad de la norma al que se refiere nuestra jurisprudencia (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9), pues “no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente” (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 16). En definitiva, aplicando ese estricto canon, la cuestión de inconstitucionalidad debió ser desestimada.

Si nos fijamos bien, tampoco este magistrado realiza propiamente ponderación alguna (ni siquiera identifica cuáles son los bienes en conflicto) sino una petición de principio no argumentada: el derecho fundamental se equilibra bien, según él, con el extraño valor del respeto absoluto a la voluntad de las jerarquías partidarias, pero no se esfuerza lo más mínimo por demostrar este aserto.

6. CONCLUSIÓN

La Sentencia comentada, con cuyo fallo coincido, pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional maneja mal no solo la teoría general de los derechos fundamentales sino también un principio claro y bien desarrollado por la doctrina, el principio de proporcionalidad. Es un ejemplo más de la pérdida de calidad del Tribunal, debida seguramente a su creciente politización. Cuanto más políticos son los magistrados, menos nivel científico tienen, y más dificultades encuentran para argumentar correctamente sus decisiones políticas.

De otro lado, la Sentencia revela que sigue faltando en nuestra jurisprudencia una teoría coherente sobre la concepción constitucionalmente adecuada de la democracia. La indefinición y las contradicciones continúan. Este modesto comentarista ha propuesto una solución, con la esperanza de que algún día algún magistrado al menos se pare a reflexionar sobre ella. En síntesis: en el conflicto entre democracia representativa clásica, democracia de partidos y democracia de ciudadanos, debe prevalecer como regla el mandato libre pero admitiéndose las limitaciones que en la práctica imponen los partidos (si les obedecen, es porque quieren) y solucionar los casos límite (conflicto representante-partido) tomando en consideración la voluntad del electorado, presumiéndose que esta exige el cumplimiento del programa electoral; en definitiva, la democracia de ciudadanos como límite, en estos casos, tanto a la libertad de los representantes como a las órdenes de los partidos.