

# APORTACIONES FRAGMENTARIAS A LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UNA TEORÍA LIBERAL-DEMOCRÁTICA<sup>1</sup>

Javier GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional  
Facultad de Derecho  
Universidad Complutense de Madrid  
javiegar@ucm.es

## RESUMEN

*¿Cuáles son las diferencias entre los distintos tipos de globalización? La globalización a través de derechos fundamentales tiene rasgos propios. ¿Cuál es la diversa relevancia del Derecho en la lógica de los mercados, en el Consejo de Europa y el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el sistema interamericano, y en la Unión Europea? Solo en el tercer espacio existe realmente una representación política directa en el Parlamento Europeo y una representación de los Estados en la Comisión y el Consejo Europeo siguiendo una legitimidad dual. Pero es mucho lo que queda por hacer en la Unión en la representación política y aún más en los Estados miembros. Son precisos cambios en las normas y en la cultura política. Por si el tiempo llegara, he singularizado algunos ingredientes básicos de la teoría liberal y democrática de la representación política que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*Palabras clave:* globalización, integración a través de derechos, representación política, democracia representativa y participativa, mandato representativo, transfuguismo, elecciones y derechos fundamentales.

## ABSTRACT

*Which are the differences among the different types of globalización? Globalization through fundamental rights has its own features. What is the scope of law within the logic of markets, at the European Council and the system of European Convention of Human Rights as well as the interamerican system or in the EU?*

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada en la Universidad de Sassari el 16 de octubre de 2015, está inédita en España, pero fue publicada en Italia en C. BASSAU y G. C. CARBONI (eds.), *Rappresentanza e globalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 27-44.

*It is only in the third field that a direct political representation at EU Parliament and a representation of States at the Commission and European Council according to a dual legitimacy exists. There is still great work to be done in the EU regarding political representation, and even more within the EU members. Certain changes in the laws and political culture are required. Just in case, here I have predicted some basic ingredients of liberal and democratic theories of political representation which derives from case law coming from the Constitutional Court and the European Court of Human Rights.*

*Keywords:* Globalization, Integration through rights, Political representation, Representative and participatory democracy, Representative mandate, Turncoat process, Elections and basic rights.

### ZUSSAMENFASSUNG

*Welches sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Arten von Globalisierung? Die Globalisierung über die Grundrechte besitzt eigene Wesenszüge. Welches ist die verschiedenartige Relevanz des Rechts in der Logik der Märkte, im Europarat, im System der Europäischen Menschenrechtskonvention, im interamerikanischen System und in der Europäischen Union? Nur im dritten Bereich gibt es eine direkte politische Vertretung im Europaparlament und eine Staatenvertretung in der EU-Kommission sowie im Europarat, einer doppelten Legitimität folgend. Aber es ist noch viel zu tun, was die politische Repräsentanz innerhalb der EU und mehr noch in den einzelnen Mitgliedsstaaten betrifft. Hierzu sind Veränderungen in den Bestimmungen und in der politischen Kultur notwendig. Soweit wie heute möglich habe ich hier nun einzelne Grundelemente der liberalen, demokratischen Theorie der politischen Vertretung genannt, die sich aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben.*

*Schlüsselwörter:* Globalisierung, Integration durch Rechte, Politische Repräsentanz, Repräsentative und partizipative Demokratie, Vertretungsmandat, Transfugismus, Wahlen und Grundrechte.

1. Quiero sinceramente agradecer la invitación para venir a la Universidad de Sassari de mi colega Tommaso Edoardo Frosini, siempre gentil, y a sus colaboradoras, las profesoras Carla Bassau y Giuseppina Carboni, por su cálida acogida en esta hermosa isla de Cerdeña, tan ligada al viejo Reino de Aragón —en el que nací— y a su expansión por el Mediterráneo antes de formar España con Castilla. Los españoles no nos sentimos extranjeros en Italia ni los italianos en España, dos naciones hermanas y separadas por un mismo latín. Lamento, no obstante, tener que usar el español en mi intervención, porque concentrarme en hablar en mi pobre italiano —realmente *«itagnolo»*—, que aprendí al escribir en Roma mi tesis doctoral a principios de los años ochenta, no me permitiría ir pensando al tiempo lo poco que puedo decir sobre un tema tan complejo como *«Rap-presentanza e globalizzazione»*.

Quiero comenzar reconociendo la deuda de gratitud de muchos constitucionalistas españoles —y de las normas de nuestra propia Constitución—, que debemos nuestra formación al buen Derecho constitucional italiano emanado tras la Segunda Guerra Mundial. Nuestro desarrollo constitucional y democrático es heredero en muchos aspectos del italiano tanto en virtudes como en defectos. Muchos aprendimos el oficio de constitucionalista en Italia.

2. Me resulta difícil relacionar dos palabras como *representación* y *globalización* que parecen estar en una situación de contraposición, pues el ámbito natural de la representación y la ciudadanía es el Estado y de forma emergente la Unión Europea, como comunidad de Estados, y ni uno ni otra son por definición globales. Configuran un binomio de cosas cuya interrelación no es evidente ni siquiera primaria.

Ya he escrito que la idea de *globalización* o mundialización es particularmente ambigua<sup>2</sup>. De hecho, se ha subrayado que aparecen en Google más de cinco millones de respuestas a esa palabra<sup>3</sup>. Alessandro Baricco se interroga incluso si es solo un eslogan, aunque concluye que no, al precisar que supone una contracción del tiempo y del espacio<sup>4</sup>. Esto es innegable. Pero no es fácil precisar su sentido más allá de intuiciones. La palabra connota mucho más que lo que denota de forma estricta y tiene distintos entendimientos.

Así, es habitual hablar de *globalización económica* para referirse a la integración de las economías nacionales, a la vez que para admitir una intensa competencia. La competencia es un rasgo evidente de la globalización, también la integración o supresión de fronteras. Entraña un amplio ensanchamiento de los espacios financieros mediante una libertad de movimiento de capitales y servicios —muy superior al de las personas— que hoy no conoce de fronteras y donde las inversiones extranjeras son naturales. Una libertad de acción —de flujo— de los capitales por encima de las regulaciones estatales, incluidas las medidas de seguridad industrial y de protección de los consumidores, las garantías propias de los Estados sociales y las exigencias del Estado fiscal moderno.

---

<sup>2</sup> J. GARCÍA ROCA, «La interpretación constitucional de una declaración internacional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y bases para una globalización de los derechos», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5 (2006), pp. 139-182; también en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 6 (2005), pp. 37-82.

<sup>3</sup> H. KÖHLER, «Hacia una mejor globalización», disponible en [www.imf.org/external/np/speeches/](http://www.imf.org/external/np/speeches/).

<sup>4</sup> A. BARICCO, *Next. Sobre la globalización y el mundo que viene*, Barcelona, Anagrama, 2002.

Esta globalización tiene ventajas económicas en la generación de riqueza y a la hora de alcanzar el tamaño óptimo de las empresas, pero comporta serios estragos, pues conlleva la ley del más fuerte que es propia de todo mercado y un impulso hacia la desregulación<sup>5</sup>. Con mayor razón, dado que no existe un espacio global de regulación. Las empresas más poderosas acaban produciendo con frecuencia donde los costes sean más bajos y muy probablemente más pequeños los derechos sociales de los trabajadores y los impuestos que recaude el Estado. Es cierto el riesgo de empobrecimiento de algunos países y el enriquecimiento de otros. Toda una amenaza para nuestros endebles Estados sociales europeos, muy vulnerables en sus ingresos presupuestarios tras la gran recesión. El mercado global está ganando la partida al Derecho. Veremos si somos capaces de superar esta amenaza con realismo, desarrollo tecnológico e inversiones. La Europa de los derechos debe ser capaz de acomodarse a este reto de la competencia con las economías de otras regiones con inferiores costes productivos y muchos menos derechos sociales.

Frente a esta globalización económica, que conlleva ventajas pero también inconvenientes, existe otra muy positiva *globalización de los derechos humanos* de la que ya me he ocupado en varias investigaciones<sup>6</sup>. Parte del reconocimiento del carácter universal de los derechos fundamentales<sup>7</sup> antes que local, pues arranca de valores compartidos que no se detienen en las fronteras estatales, como son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Unos principios propios del constitucionalismo como movimiento cultural y de la protección internacional. La expresión indica la aspiración hacia una lengua franca o común en la garantía de los derechos por encima de los continentes, fundada en la homogeneidad de las normas constitucionales y supranacionales que reconocen derechos y en la interrelación de la doctrina científica y las jurisprudencias de las altas cortes.

---

<sup>5</sup> P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100 (1998), p. 13, expone la contradicción que supone que el ensanchamiento de los espacios económicos se produzca al tiempo de la reducción de sus ámbitos políticos como ciudadanos.

<sup>6</sup> Cfr. J. GARCÍA ROCA, «La interpretación constitucional de una declaración...», *op. cit.*, entre otros trabajos posteriores. *Vid.* también A. PASTOR RIDRUEJO, «La globalización de los derechos humanos. El reto del siglo XXI», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2 (2003), pp. 19-33.

<sup>7</sup> Pueden leerse L. GARLICKI, «Universalism versus Regionalism? The Role of the Supranational Judicial Dialog», en J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA y R. CANOSA (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-37. También *in extenso* E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Existe un *parámetro universal* en la garantía de los derechos humanos que arranca de la Declaración Universal, los dos grandes pactos internacionales sobre derechos políticos y sociales, y una multiplicidad de tratados universales sobre la tortura, los derechos de los niños, la eliminación de toda forma de discriminación de las mujeres y un largo etcétera. Arrancando de este parámetro universal o global, que las regulaciones nacionales no deben contribuir a fragmentar, existen dos importantes *sistemas regionales* de tutela de derechos. El sistema europeo, construido sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y más de medio siglo de jurisprudencia del Tribunal Europeo, es un instrumento constitucional del orden público europeo. A su imagen y semejanza, algunas décadas después nace el sistema de la Corte Interamericana y la Convención Americana de Derechos Humanos, y es aún muy emergente el sistema africano. He tratado de mostrar que el diálogo jurisprudencial —expreso u oculto e implícito— entre estos dos altos tribunales supranacionales es moderado, pero cierto y creciente, y ya se ha plasmado en una treintena de sentencias<sup>8</sup>. Un *ius commune* supracontinental. Aquí no ha surgido una desregulación, sino un denso sistema jurisprudencial. El Derecho está ganando la partida al mercado: a los poderes públicos y privados que lesionan derechos.

Esta positiva globalización de los derechos se proyecta en varias dimensiones. En primer lugar, un crecimiento constante del listado de los derechos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran mediante frecuentes interacciones recíprocas de las *declaraciones de derechos* tienden a leerse por los tribunales a la luz de la más reciente para actualizar la propia, usando una interpretación evolutiva, atenta a la transformación de las realidades, la cultura y la tecnología. Toda verdadera jurisprudencia constitucional o convencional sobre derechos es evolutiva y no «originalista» —como creía el juez Scalia—, porque lo segundo exigiría la reforma periódica y constante de las declaraciones constitucionales o convencionales como condición estructural. Es así patente el impacto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el viejo Convenio de Roma de 1950, del cual la primera es heredera, y que ha empeza-

---

<sup>8</sup> J. GARCÍA ROCA, «El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana», en P. SANTOLAYA e I. WENCES (eds.), *Treinta y cinco años de funcionamiento de la Corte Interamericana*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en prensa, y J. GARCÍA ROCA, H. NOGUEIRA y R. BUSTOS, «La comunicación entre ambos sistemas regionales y las características del diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA y R. CANOSA (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 65-107.

do a *aggiornare* esta herencia, modernizándola<sup>9</sup>. Algo semejante ha ocurrido entre el Convenio Europeo y la posterior Convención Americana (por ejemplo, en materia de retroactividad de la ley penal más favorable)<sup>10</sup>.

En segundo lugar, la globalización también ha ocasionado una revisión de la idea de *soberanía nacional*, que está hoy en crisis de transformación (*sovereignty in transition*)<sup>11</sup> a causa de la integración europea en la Unión, así como de la integración a través de derechos en un espacio convencional europeo, el Consejo de Europa. También ha ocurrido en otro espacio convencional interamericano formado por los Estados parte de la Organización de Estados Americanos que aceptan la jurisdicción de la Corte de San José. Los derechos son un serio límite a la soberanía de los Estados casi tanto como las limitaciones presupuestarias en la unión económica y monetaria de la Unión. Esta protección internacional de carácter jurisdiccional y a instancias de las víctimas ha decantado un límite externo de intensidad creciente. No es extraño que algunos británicos digan que si hubieran sabido lo que era realmente el sistema del Convenio no lo habrían ratificado, pues no solo han transferido competencias jurisdiccionales de tutela de derechos a la Europa de Estrasburgo, sino parte de la soberanía para aprobar leyes, si observamos con realismo cómo funciona el fenómeno de la integración mediante una protección colectiva de los derechos.

La garantía supranacional de los derechos conlleva, en tercer lugar, un *trabajo judicial en red* desprovisto de jerarquía, pues nadie tiene la última palabra entre un amplio número de tribunales: el tribunal de justicia, el tribunal europeo, los tribunales constitucionales domésticos y los tribunales supremos e incluso los órganos judiciales inferiores<sup>12</sup>. Todos ellos están condenados a entenderse en la interpretación de los derechos dentro del sistema europeo alcanzando exégesis dialogísticas, en lo que es un *ongoing debate*. Un debate que no se cierra nunca, pues la transformación de los hechos lo reabre constantemente. Algo semejante ocurre con la doctrina científica. En ambos casos, tribunales y profesores suplen la ausencia de

---

<sup>9</sup> J. GARCÍA ROCA, «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119 (2003), pp. 165-190.

<sup>10</sup> *Vid.* J. GARCÍA ROCA, «El diálogo sobre derechos humanos...», *op. cit.*

<sup>11</sup> N. WALKER (coord.), *Sovereignty in Transition*, Orford-Portland, Hart Publishing, 2003.

<sup>12</sup> Puede verse J. GARCÍA ROCA, «El diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30 (2012), pp. 181-222.

un verdadero legislador europeo, al igual que ocurrió con la erección del Derecho común medieval europeo en las universidades italianas.

Estamos creando así gradualmente un *ius commune* europeo en un espacio convencional que tiene visibles semejanzas con el interamericano y, si no es global, comienza a ser «bicontinental», pues son patentes las interrelaciones entre ambos sistemas regionales.

Estos dos escenarios de globalización, el económico y el financiero, de un lado, y el de los derechos, de otro, son radicalmente distintos. Pero aún cabe describir un tercer escenario supranacional que aúna y compagina ambas dimensiones, aunque no llega a ser global, la europeización económica y de los derechos que supone la *Unión*.

La integración económica europea ha creado una *constitución material*, comprendida desde una aproximación realista —semejante a las clásicas de Carl Schmitt o Costantino Mortati—, por encima de las constituciones nacionales<sup>13</sup>. No es formalmente una constitución en rango o jerarquía y supremacía formal, tras fracasar el intento de aprobar un tratado-constitucional, pero sí en la supremacía material de sus contenidos. En ella están plasmadas las decisiones políticas básicas en la dirección de la política económica, que en una corriente hacia arriba se han ido de los Estados a la Unión. Es así con la política monetaria y el sistema del euro y la actividad del Banco Central Europeo en la creación de dinero bancario (*easy quantifying*); con la política presupuestaria en el llamado semestre europeo y en un paquete de normas intergubernamentales sin el rango de los tratados originarios (el *two pack*, el *six pack* y el *Fiscal Compact*)<sup>14</sup>, y también con buena parte de las competencias económicas: pesca, agricultura y comercio interior. Nuestros Estados no son soberanos en economía; ya ni siquiera acuñan moneda, uno de los signos sensibles de la soberanía para Bodino.

Algo parecido, y puede que con mayor intensidad, se ha producido en la garantía de los derechos fundamentales en la Unión por la Carta de Derechos Fundamentales, las decisiones del Tribunal de Justicia y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De manera que tenemos dos constituciones materiales de la Unión, una económica y otra de derechos fundamentales. Esta europeización de los Estados por la actividad de la Unión en sus dos vertientes se parece más al segundo escenario antes descrito, la integración a través de derechos en el Consejo de Euro-

<sup>13</sup> Cfr. J. GARCÍA ROCA y M. A. MARTÍNEZ LAGO, «El impacto de la crisis en nuestras dos constituciones», *Documentación Administrativa*, núm. 1 (2014), pp. 1-15.

<sup>14</sup> En extenso, J. GARCÍA ROCA y M. A. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2013.

pa y en la Organización de Estados Americanos, que al primero, la globalización económica, pues está generando una regulación muy intensa y no una desregulación como consecuencia del flujo de capitales. Reglamentos y directivas de la Unión tienen cada vez una mayor densidad normativa. No obstante, ambos fenómenos y vertientes no son homogéneos, pues mientras los derechos en la Unión incrementan el garantismo, la Europa de la austeridad y la estabilidad presupuestaria se basa en una progresiva pérdida de los controles parlamentarios domésticos. Los *checks and balances* de la división de poderes estatal desaparecen o se amortiguan sin venir frecuentemente sustituidos por otros análogos en la Unión. La Europa de los derechos refuerza el Derecho constitucional, el sistema de controles en que una constitución consiste, mientras la presupuestaria hasta ahora lo debilita y continúa con el crónico problema del déficit democrático de la Unión, un defecto típico de todo funcionalismo.

Detecto, pues, dos escenarios con tendencias contrarias: la desregulación económica como consecuencia de la globalización financiera y la pérdida de peso del Estado social, frente al incremento del garantismo en virtud de la protección universal (Naciones Unidas) y regional (el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos) de los derechos humanos. En medio se sitúa una intensa europeización en la Unión de las políticas económicas y los derechos. En el primer escenario, la globalización económica, no existe representación política alguna de los ciudadanos. En el segundo, la comunidad internacional actúa con una lógica garantista, la de un auténtico Estado de Derecho, pero también sin tener claramente una representación política, si bien en el seno del Consejo de Europa existen atisbos de ella y una legitimidad representativa indirecta en su asamblea parlamentaria elegida por los parlamentos nacionales. En un tercer escenario es donde deberíamos esforzarnos en construir relaciones de representación política que sustituyan a la pérdida de controles generada en los Estados y dar un mayor protagonismo al Parlamento Europeo, que ha ido creciendo en sus funciones pero que siguen siendo aun insuficientes. Por si esto ocurriera en algún momento convendría tener pensada una teoría europea de la representación.

3. Esbozado uno de los dos términos del binomio, afrontaré ahora el segundo, la representación. Supongo que debo calificar la *representación* como *política* y ello contribuye a especificar y delimitar la noción. Es un concepto no menos difícil. No en balde algunos maestros del Derecho público concluyeron que es un concepto imposible, tras subrayar su contraposición frontal con la idea de representación jurídica que es mucho

más precisa. Pero carecería de todo sentido negar virtualidad a la idea de representación política en la que precisamente se funda la misma democracia moderna; debemos seguir una aproximación menos formalista. La teoría de la democracia no puede generar frustraciones, según nos ha enseñado Böckenförde<sup>15</sup>. No menos sentido tendría que intentara afrontar ahora directamente esta noción que constituye uno de los problemas clásicos del Derecho constitucional. Me limitaré a recordar algunas ideas de referencia ampliamente compartidas y a sistematizar las aportaciones del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para darlas a conocer.

Traigamos a colación previamente una comprensión de la representación política que nos oriente para ubicar en ella las aportaciones fragmentarias de ambos tribunales. En su estudio de referencia, Anna Fenitchel Pitkin sostiene<sup>16</sup> que la representación política no preexiste en la voluntad de los representados, quienes carecen de opinión sobre buena parte de los problemas que les afectan, aún más cuanto más compleja sea técnicamente la pregunta y las dimensiones de la cuestión. Parafraseando a Pitkin podría decirse que si un representante se preguntara cuál es la opinión de uno de los ciudadanos europeos que representa —el señor Jones— sobre el mecanismo de estabilidad europea, el *Memorandum on the understanding of the financial system* (MOU) o el *Fiscal Compact*, visualizaría al señor Jones echándose las manos sobre la cabeza, atemorizado, sin poder siquiera balbucear una respuesta a tamaña pregunta<sup>17</sup>. No hay nada o poco que representar aquí.

La representación política no preexiste, a diferencia de la representación jurídica o de la actividad de un gestor de negocios (la *negotiorum gestio*). Nuestros representantes construyen la representación política y hacen presentes a quienes están ausentes, los ciudadanos, de ahí *re-presentare*, y para ello deben tener en cuenta —concluye Pitkin— tanto los «deseos» como los «intereses» de los representados o su bienestar<sup>18</sup>, por más que la misma noción de «intereses» sea no menos compleja, como han destacado sus críticas desde la democracia participativa. Son cosas que pueden no coincidir en ciertos casos y esta es una de las dificultades de toda democra-

---

<sup>15</sup> E. W. BÖCKENFÖRDE, «Democrazia e rappresentanza», *Quaderni Costituzionale*, núm. 2 (1985), pp. 227-263.

<sup>16</sup> A. F. PITKIN, *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> *Ibid.*

cia representativa: ningún ciudadano desea pagar más impuestos ni sufrir recortes en sus derechos sociales, pero todo ello puede ser inevitable si el interés general demanda un cierto equilibrio y consolidación presupuestaria para generar desarrollo económico o al menos frenar el constante endeudamiento público bajo el constante deseo de «*spend now, pay later*».

La libertad de mandato, el mandato libre y no vinculado que las constituciones italiana y española protegen, permite a los representantes construir una relación de representación política en el ejercicio de su actividad parlamentaria. Recordemos que Burke nos explicó en su discurso a los electores de Bristol que un Parlamento no es una conferencia de embajadores.

Se trata de habilitar a nuestros representantes con un conjunto de herramientas, en su mayor parte protegidas por unos derechos políticos de naturaleza democrática, que les permitan edificar la relación de representación política de los ciudadanos y construir la voluntad de los órganos del Estado de forma democrática. Todo Estado es una persona ficticia —una gran palabra y un fuerte aparato u organización— cuya voluntad se construye a través de personas físicas, ciudadanos concretos, mediante la teoría de los órganos y sus titulares, según aprendimos desde Jellinek. La relación de representación política se edifica atribuyendo un haz de competencias para decidir sobre la voluntad de los órganos del Estado a unos representantes seleccionados en elecciones democráticas con arreglo a unos programas o proyectos presentados en las concurrencias electorales.

En este contexto, los dos altos tribunales que voy a reseñar han decantado algunos principios que si bien no son globales, sino europeos, poseen —a juicio de muchos— una buena capacidad suasoria que acaso pueda darles una dimensión más general, al menos dentro del escenario común y global que es la democracia representativa de génesis europea y euroatlántica. Hay desde luego muchos otros escenarios, pero son menos democráticos.

4. El *Tribunal Constitucional español* no ha construido, claro está, toda una teoría de la representación política. Toda jurisprudencia constitucional no es tópica, sino sistemática, como aprendí de Vezio Crisafulli. Pero sí ha aportado algunos ingredientes sólidos a la misma durante las últimas décadas. Arranca de la noción de «cargo público representativo» que el art. 23.2 de la Constitución protege y erige en derecho fundamental: la libertad de acceder, permanecer y ejercer los cargos en los que la representación política se construye, ya sean parlamentarios nacionales o autonómicos, concejales o alcaldes o diputados provinciales. Unos cargos basados en la elección popular, directa o indirecta, que les concede una

legitimidad democrática para actuar. En cientos de sentencias de amparo constitucional y algunos recursos de inconstitucionalidad, nuestro Tribunal Constitucional ha construido estos elementos de la idea de representación y los ha mantenido a lo largo de décadas de conflictos<sup>19</sup>. Parece que su bondad se ha probado ante el tribunal de la historia. Una teoría de la representación constitucionalmente adecuada en muchos países.

a) *Defensa de la democracia representativa antes que la participativa.* La democracia participativa es un complemento de la representación, no una alternativa. El Tribunal Constitucional ha protegido mucho más intensamente la primera, pero sin desdeñar la segunda, que no concibe como una alternativa plena, sino como un complemento, acaso porque la Constitución española —como otras europeas de su entorno— es férreamente representativa. Cuando el art. 23.1 de la Constitución alude al derecho de los ciudadanos a «participar en los asuntos públicos» ha estimado que se refiere a dos cosas distintas, pero conectadas: participar a través de representantes mediante elecciones, poniendo en conexión sufragio activo y pasivo, y participar directamente. Pero se ha referido mucho menos a esta participación directa, si bien ha reconocido que corresponde a los ciudadanos a través de los referendos y consultas populares previstos en la Constitución — con menos generosidad y variantes que en Italia— y de ciertas formas de democracia directa como son el concejo abierto en algunos municipios pequeños (art. 140 CE) y la iniciativa legislativa popular (*vid.* SSTC 119/1995, sobre la participación local, y 19/2015, sobre una iniciativa legislativa popular).

Estimo que quizá la segunda técnica podría ser impulsada para impedir un monopolio de la iniciativa legislativa por los proyectos de ley del Gobierno, como ocurre en España, dejando un tiempo de la agenda legislativa también a las proposiciones de las minorías, que ahora se ven normalmente rechazadas en trámite de toma en consideración.

El Tribunal Constitucional ha dicho que son mecanismos «excepcionales en un régimen de democracia representativa como es el instaurado por nuestra Constitución en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (SSTC 119/1995, FJ 3.º, y 76/1994, FJ 3.º). En este sentido, ha aclarado que no todas las formas de participación configuran un derecho fundamental *ex art.* 23.1 CE en vez

---

<sup>19</sup> Cfr. J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999, en especial el capítulo I, de donde procede en su mayor parte la sistematización de la jurisprudencia constitucional que aquí sintetizo.

de un principio rector *ex art. 9.1 CE*, que se refiere a la «participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Ahora que vuelve, en tiempos de gran recensión y frustración, a vindicarse la democracia participativa en Europa como una alternativa global a la representación, al igual que ya ocurrió en Alemania en el periodo de entreguerras en las constituciones de los *Länder* y en Italia en los años setenta, y también ahora en América Latina con el llamado «nuevo constitucionalismo transformador» (Venezuela, Bolivia y Ecuador), quizá esta jurisprudencia sea un recordatorio de la memoria histórica europea y una muestra de la vieja sabiduría constitucional liberal. La teoría democrática de la representación no puede construirse sobre las ruinas de la liberal y sustituyéndola por la participación, sino transformándola.

b) *El acceso a los cargos públicos conlleva la permanencia en los mismos. La titularidad de los cargos por los representantes y no por los partidos políticos. Mandato libre y no vinculado versus mandato de partido. El problema del transfuguismo o nomadismo (cross the floor) no admite respuestas demasiado rígidas.* El Tribunal Constitucional ha establecido que solo los electores pueden revocar a los representantes mediante elecciones, así como también decisiones judiciales firmes si se cometieran delitos cuyas penas principales o accesorias conllevaran la pérdida del cargo. La titularidad de los cargos públicos representativos pertenece a los ciudadanos elegidos como representantes y no a los partidos políticos.

Desde las SSTC 5 y 10/1983 en los casos del alcalde de Andújar y de los concejales comunistas renovadores en el Ayuntamiento de Madrid, respectivamente, el Tribunal Constitucional español ha mantenido que una cosa es que los partidos políticos «presenten» candidaturas electorales y otra distinta que los candidatos «representen» a esas asociaciones de carácter privado en vez de a sus electores. El art. 67.2 de la Constitución impide cualquier forma de mandato imperativo también a instancias de las direcciones de esas organizaciones, y es análogo al art. 67 de la Constitución italiana, como ha estudiado el hoy juez constitucional Nicola Zanon<sup>20</sup>. La expulsión del partido de un militante que había sido elegido alcalde no permite a su vez declarar automáticamente su cese en el cargo público como concejal por la estricta voluntad del partido. Conforme al art. 23 CE, son los representantes quienes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar y no una organización como es un partido. La perma-

---

<sup>20</sup> Vid. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare (saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione)*, Milano, Giuffrè, 1991.

nencia de los cargos públicos representativos no puede depender de una voluntad ajena a los electores. Los partidos ejercen unas funciones constitucionales de trascendental importancia (art. 6 CE), entre ellas ser instrumento de la participación política, pero los titulares del derecho fundamental de sufragio activo y pasivo son los ciudadanos.

Desde los años ochenta, el Tribunal Constitucional integró la *permanencia* en el cargo entre los contenidos del derecho de *acceso* a los cargos públicos, ya que de otro modo —estimó— el acceso quedaría desprovisto de contenido y sería una garantía estéril. Las causas de remoción de un cargo representativo deben estar previstas en las leyes y pueden ser revisadas en su adecuación a varios derechos fundamentales, entre otros, la igualdad y la regularidad en el acceso al cargo según los requisitos que señalen las leyes. El sufragio pasivo solo tiene sentido jurídico —se afirmó— como correlato del activo que expresan los electores. Quien crea una relación jurídica de representación mediante su voto es el único que puede poner fin a la misma y no una tercera voluntad extraña a la manifestación del sufragio y que no es un órgano del Estado como es un partido. La idea de representación —se dijo— va unida a la de mandato libre. Si todos los poderes del Estado emanan del pueblo, no es constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada un poder público, la facultad de determinar por sí misma el cese de un representante en las funciones que el pueblo le ha conferido. La vulneración de los derechos del representante lo es también de los derechos de los representados.

Ciertamente esta posición —ya muy consolidada— fue discutida en votos particulares y opiniones disidentes en ambas sentencias y también por buena parte de la doctrina científica, afirmando que el que se ha presentado a la elección como miembro de un partido ha sido votado teniendo en cuenta no solo sus aptitudes personales, sino su pertenencia al partido, y más aún si las listas o candidaturas son cerradas y bloqueadas como ocurre en España.

Pero los costes e interrogantes que suscita el llamado mandato de partido estimo que son muy superiores —en el mismo sentido, Francisco Rubio Llorente—<sup>21</sup> a los de la buena tesis liberal que trata de refutar.

---

<sup>21</sup> F. RUBIO LLORENTE, «Los tránsfugas no son tan malos», *El País*, 6 de octubre de 1993. En el mismo sentido *vid.* J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*, *op. cit.*, epígrafe «De la parte del infiel y frente al linchamiento: por qué todos los tránsfugas no son tan malos. En defensa de la titularidad del cargo por el representante», pp. 77 y ss.; *id.*, «Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia», en AAVV, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. I,

Quien dice partido, dice organización y dice oligarquía, según han venido denunciando desde principios del siglo XX numerosos clásicos bien conocidos como Ostrogorsky, Michels y un largo etcétera. Dejar la titularidad de los escaños y los cargos en manos de los partidos no es más democrático, como puede creerse con ingenuidad por algunos; supondría atribuir un gran poder, la titularidad de miles de cargos representativos, en manos de muy pocas personas dentro de los comités directivos de los partidos, y esto previsiblemente sería un caldo de cultivo de arbitrariedades y actuaciones autoritarias que obstaculizarían la misma democratización interna de los partidos y la selección democrática de los candidatos por los militantes o simpatizantes. La teoría democrática de la representación por partidos debe construirse sobre viejas bases liberales que no arrumban ni desplazan y que suponen un límite de carácter individualista a otros elementos democráticos de la representación.

Una década después, en el caso del alcalde de Las Palmas (STC 31/1993), una diferente formación del Tribunal Constitucional mantuvo la misma doctrina en un caso de *abandono* del partido, en apariencia diferente al supuesto de *expulsión* según distinguió ya el propio Kelsen. El tribunal no modificó su criterio pese a las críticas, pero aprovechó la ocasión para reconocer la relevancia de los partidos.

Creo que esta tesis jurisprudencial es constitucionalmente adecuada. Recordaré que, como reconoce expresamente el art. 6 CE, los partidos ejercen funciones públicas y constitucionales de trascendental importancia, expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, son instrumento fundamental para la participación política, y la ley electoral les permite presentar candidaturas, pero no pueden ser titulares del derecho fundamental de participación política que por definición corresponde a los ciudadanos. El mandato de partido, por la naturaleza oligárquica de estas organizaciones, solo incrementaría los abusos de las élites internas.

Para frenar los abusos que el transfuguismo entraña son precisas otras soluciones menos drásticas que atribuir la titularidad de los escaños a los partidos. En España, el transfuguismo es básicamente local y no ha habido en las Cortes Generales unas estadísticas tan graves como las de Italia.

---

Madrid, Congreso de los Diputados-Tribunal Constitucional-Universidad Complutense de Madrid-Fundación Ortega y Gasset-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 839-874, e ID., «Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato», en P. SANTOLAYA y J. CORONAS (coords.), *Transfuguismo político: escenario y respuestas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2009, pp. 39-83.

Hablamos de cifras reducidas. Distintos acuerdos políticos entre los partidos, de tiempo en tiempo renovados, han convenido no usar estos votos y han desarrollado comisiones arbitrales de expertos que pueden determinar quiénes son realmente tráfugas, pues esta situación peyorativa requiere de un juicio político de valor negativo, de un reproche moral sobre su actuación. Ciertas reformas del Código Penal se han producido para tipificar estas conductas como prevaricación o cohecho en los casos de transfuguismo retribuido. Esta solución funciona razonablemente, si bien hay algunas escasas, pero sonoras, excepciones. Es acaso inevitable. Un coste pequeño que merece la pena pagar para no cambiar todo un modelo de representación. Ortega y Gasset decía que no conviene hacer reglas con las anécdotas.

En el mismo sentido se pronuncia la Comisión de Venecia del Consejo de Europa con la *auctoritas* que posee. Mencionaré simplemente tres de sus conocidas decisiones. La Opinión 423/2007, de 5 de junio, sobre la reforma legislativa del estatuto de los diputados del Parlamento de Crimea y ciertos consejos locales, sostuvo que el problema de la estabilidad de los gobiernos y la disciplina de los partidos ante supuestos de *crossing the floor* o *switching parties* no permite resolver los conflictos políticos mediante reglas tan rígidas como el mandato de partido. La libertad de mandato es una piedra angular de Europa («*a cornerstone of Europe*») y del constitucionalismo democrático. No obstante, se ofreció una interesante información sobre el *party administered mandate* en diversos países (India, Sudáfrica, Serbia...). En el mismo sentido se pronunciaron la Opinión 488/2008, de 16 de junio, sobre el mandato imperativo y prácticas similares, y la Opinión 619/2011, de 31 de marzo, en relación con los miembros del Parlamento de Serbia. La prohibición de mandato imperativo no es una reliquia o un trasto antiguo que deba guardarse en un museo de objetos históricos, sino una regla jurídica viva, como Zanon ha argumentado en Italia y yo mismo en España.

Bien es verdad que esta doctrina liberal y participativa casa mal en España con la existencia de un sistema electoral en el Congreso de los Diputados con *listas bloqueadas y cerradas*. Pero la solución a esta contradicción debería venir en el terreno del sistema electoral, estudiando fórmulas de participación en la confección de las listas o candidaturas de los partidos, primero, y, después, en la confección del voto por los electores para que puedan mostrar sus preferencias, como ha acabado por hacerse la regla general en Europa. Creo que conviene *personalizar la representación política* para hacerla realmente participativa de los electores y dar una dimensión de participación a nuestro modelo de representación polí-

tica en vez de contentarse con que los votantes den su confianza a los partidos, desentendiéndose de quienes integran las candidaturas. Un Derecho electoral democrático no se puede construir desde estas bases fideísticas.

c) *El ius in officium protegido por el derecho fundamental: el derecho a ejercer el cargo.* Según la jurisprudencia constitucional española, el elegido tiene no solo el derecho a acceder y permanecer, sino también a ejercer el cargo. Los cargos públicos representativos, ya sean parlamentarios, nacionales o territoriales, y los representantes locales (alcaldes, concejales y diputados provinciales) tienen un estatuto constitucional donde las facultades para actuar que les conceden los reglamentos parlamentarios o la ley de régimen local vienen protegidas por un derecho fundamental. Se protege así la autonomía de los representantes frente a la mayoría parlamentaria y los órganos de las Cámaras en casos de arbitrariedades. La jurisprudencia al respecto es extensísima, ya la he sistematizado<sup>22</sup>, y no ha cambiado sustancialmente en los últimos años.

Se protege con esta técnica la regularidad de la elección, la validez de las actas electorales y del posterior control judicial de las mismas, y, más adelante, el ejercicio de las facultades esenciales o potestades inherentes a las funciones del cargo, por más que sean de intensa *configuración legal*. Esta jurisprudencia garantista se ha pronunciado sobre cambios sobrevenidos y desproporcionados de las retribuciones, sobre el derecho a solicitar información y documentación, el derecho a la tramitación de los asuntos (*ius ut procedatur*), el derecho de enmienda, el derecho a la interrogación (preguntas e interpelaciones), o el mantenimiento de la relación de representación en las comisiones parlamentarias asegurándose de su composición proporcional respecto del Pleno.

También el Tribunal Constitucional Federal alemán, en vía de conflictos entre órganos constitucionales, ha reconocido algunas de estas facultades como propias de los parlamentarios, pero lo ha hecho siguiendo otra variante de interpretación finalista ligada a las facultades que identifican, por su misma naturaleza, las funciones de un parlamentario<sup>23</sup>, mientras su homónimo español ha hecho una exégesis bastante más literal y ligada a la lectura de las concretas normas del reglamento parlamentario. La primera opción me parece más adecuada como interpretación constitucional.

<sup>22</sup> Cfr. J. GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos...*, *op. cit.*

<sup>23</sup> N. ZANON, «Il diritto del deputato senza Gruppo parlamentare in una recente Sentenza del Bundesverfassungsgerichts», *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 6 (1989), pp. 1147-1187.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha matizado reiteradamente —en realidad lo había sostenido desde el principio— que no basta con cualquier acto parlamentario que infrinja de alguna forma el Reglamento del Parlamento para que la lesión tenga relevancia constitucional. Es necesario que se violen las facultades que «pertenezcan al *núcleo de la función representativa*», que está ligado, pero no solo, a las funciones legislativas y de control (SSTC 220/1991 y 169/2009, casos de las solicitudes de información de los diputados de Euskadiko Eskerra y de la Diputación Provincial de Alicante, respectivamente). Hay que indagar, pues, si el representante y parlamentario o diputado provincial está actuando dentro de ese núcleo de la representación política antes de enjuiciar la pretendida violación. No obstante, el intérprete supremo no ha aclarado suficientemente cuál sea ese núcleo. Parece confundirse con la técnica del contenido esencial, en este caso, de la representación. No es decir mucho, pero sí permite excluir de revisión pequeñas lesiones bagatelas de los reglamentos. El límite es correcto, pero resuelve poco.

d) *El carácter nacional de la representación en el Parlamento y el ámbito espacial de la representación.* Ese carácter es una consecuencia lógica de la prohibición constitucional de mandato imperativo, como advirtió Edmund Burke, pero no solo. También de la unión entre soberanía nacional y representación política. Esta doctrina espacial de la representación se extiende a ámbitos menores donde también se ejerce la soberanía, como son las Asambleas de las Comunidades Autónomas, Municipios y Diputaciones Provinciales.

Recordaré la STC 101/1983, sobre el juramento de la Constitución por los diputados de Herri Batasuna (HB), y la STC 119/1990, sobre el juramento por imperativo legal de los diputados de HB. En la primera sentencia, los representantes —nacionalistas vascos e independentistas— se negaron a jurar la Constitución por creer que sus representados no la aceptaban e invocaron su libertad ideológica. Pero el Tribunal Constitucional mantuvo que representaban al conjunto del pueblo español y no a sus concretos electores en las circunscripciones en las que se presentaron. No obstante, en la segunda sentencia se flexibilizó o atemperó la fórmula formal del juramento, privándole de cualquier rigorismo y admitiendo que se jurara por imperativo legal en virtud de compromisos ideológicos. Una práctica que ha florecido en esta última XI Legislatura en algunos de los nuevos partidos.

El Tribunal Constitucional se mueve en su fundamentación dentro de los argumentos del discurso a los electores de Bristol escrito por Burke

en 1774, aunque no lo cite expresamente: «Me debo a todos los electores de mi ciudad y, por extensión, del país en su conjunto». Es, sin embargo, patente que no deja de ser esta una bella ficción liberal sobre la que la representación política se construye. La teoría liberal de la representación se construyó sobre dos ficciones: los parlamentarios representan a toda la nación y los ciudadanos eligen ciudadanos y son representados por otros ciudadanos y no solo por partidos. Pero puede que sea inevitable aceptarlas por la posterior teoría democrática, a fin de cuentas lo mismo ocurre con buena parte del mejor Derecho.

e) *Las cuotas electorales no violan la representación política.* La STC 12/2008 admitió la constitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en 2007 respecto del principio de composición o representación equilibrada de hombres y mujeres, la que se ha llamado democracia paritaria. Tras una argumentación con bastantes perifrasis, puede pensarse que se estimó que el principio de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE que deriva del análogo art. 3.2 de la Constitución italiana) permite conceder un anclaje constitucional a estas medidas que remueven obstáculos a la igualdad efectiva, pues —se dijo—, aunque limiten la libertad de presentación de candidaturas, se aplican a ambos géneros por igual. No se viola la libertad ideológica —se sostuvo— porque la libertad de confección de las listas no es absoluta, sino sometida a estas y otras restricciones (capacidad electoral, nacionalidad, listas cerradas y bloqueadas...). Tampoco se fragmenta el cuerpo electoral ni se quiebra la unidad de la categoría de ciudadano, pues los elegidos seguirán representando a todo el electorado.

Discrepa de esta tesis un voto particular donde se defiende que sí se lesionaban el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica. Pero las razones de la crítica son de tiempo en tiempo menos convincentes frente a unas jurisprudencias obsoletas de los años ochenta en varios países, pues este tipo de medidas de igualdad efectiva, la remoción de obstáculos, incluso encuentran hoy apoyo expreso en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

f) *Fusión de las teorías del órgano y de la representación.* No es una posición del Tribunal Constitucional, sino una consecuencia que estimo ineluctable de la lectura que hago de la misma. No podemos seguir construyendo la idea de representación política desentendiéndonos de las ideas de cargo público y de titularidad de los órganos del Estado. Ambas cosas no pueden dissociarse. Se trata de formar democráticamente la voluntad de los órganos del Estado, singularmente el Parlamento —la *Staatswillenbil-*

*dung* de la que hablaba Jellinek—, mediante representantes que precisen las decisiones de una persona jurídica, y como tal *facta*, cual es el Estado. En algún momento de la larga cadena de eslabones de personas jurídicas —Estado, Comunidades Autónomas, partidos— hacen falta ciudadanos tanto para formar la voluntad del Estado como para expresarla. No hablamos solo de representación política, sino de otorgar a titulares de órganos una competencia y facultad para decidir, y cada parlamentario, al mismo tiempo que un representante, es una fracción del órgano, el Parlamento.

5. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en adelante, TEDH) interpreta y garantiza el art. 3, Protocolo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Un precepto que establece la obligación de los Estados de organizar, a intervalos razonables, elecciones libres<sup>24</sup>. Una garantía institucional de elecciones libres típica del escenario de guerra fría en el que se creó el Convenio. No se reconoció entonces un verdadero derecho fundamental al sufragio, aunque resultaba paradójico que una declaración de derechos no formulase derechos. Pero los británicos se resistieron a hacerlo en 1950 por temor a que conllevara un sistema electoral de representación proporcional que no deseaban por contravenir su tradición mayoritaria. Si bien dos años más tarde, el precepto se aprobó dentro del Protocolo adicional.

Pero hasta treinta y cinco años después, en el caso *Mathieu-Mohin-Cleryfat* de 28 de enero de 1987, el TEDH no reconoció la existencia en el Convenio del derecho al sufragio activo y pasivo, al transformar mediante una interpretación evolutiva —y constructiva de normas— lo que era una garantía institucional que limitaba al legislador en un derecho subjetivo a la participación política de los ciudadanos mediante elecciones. No obstante, Estrasburgo reconoce —al menos en teoría— un amplio margen de apreciación nacional.

Me parece que se ha producido una auténtica «mutación» del Convenio cuyo contenido ha pasado de ser un compromiso de elecciones libres a un verdadero derecho de sufragio de los ciudadanos europeos. Una «mutación» en el sentido constitucional, es decir, un cambio de la normas a través de su interpretación jurisdiccional sin necesidad de proceder a la reforma de la disposición escrita.

El TEDH sostiene a menudo que la democracia, el Convenio y los derechos políticos forman una tríada indisoluble. Un orden público demo-

---

<sup>24</sup> Vid. J. GARCÍA ROCA, «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (art. 3, P 1, CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 897-927.

crático fundado en la democracia representativa, elecciones libres, libertad de asociación y libertad de expresión. La democracia —dice— es el lecho (*bedrock*) donde se asientan los derechos; sin democracia representativa no pueden existir verdaderos derechos fundamentales y, con mayor razón, los de naturaleza política.

Creo, pues, que puede decirse que la representación política democrática es el contexto en que se asientan los derechos, pero la ecuación puede recorrerse en sentido inverso, sin derechos fundamentales, y, en particular, los de naturaleza política y democrática —pero no solo—, no puede erigirse una verdadera representación ni, en consecuencia, democracia alguna.

En este contexto, aplicando el art. 3, Protocolo 1, y otros preceptos del sistema del Convenio, el TEDH ha garantizado muy variados contenidos:

- *Libertad y regularidad de las elecciones*. Reconociendo la libertad de expresión en las campañas electorales y la libertad de creación de partidos políticos sin que puedan ser disueltos de manera arbitraria y contraria al Convenio. También las exigencias propias de unas elecciones regulares que garanticen, asimismo, la igualdad en la concurrencia electoral, y que deben además poder ser sometidas al control de un tribunal o de una autoridad independiente. El Código de Buenas Prácticas Electorales de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa se ha convertido en todo un conjunto de autorizadas recomendaciones en todo este tema.
- *Periodicidad de las elecciones*. Las convocatorias electorales deben producirse a intervalos razonables según dice el artículo y dio oportunidad al Tribunal de explicar el caso del golpe de Estado en Grecia.
- *Secreto del voto y publicidad del escrutinio*. Pese a la mala traducción francesa —es mucho más preciso el texto original en inglés—, quiere decirse que se garantiza el carácter secreto del sufragio y, por el contrario, la publicidad del escrutinio de los votos, precisamente por comprenderse ambas cosas como una garantía del derecho de sufragio.
- *La garantía de diversos tipos de elecciones*. Pese al tenor literal del precepto, que expresamente se proyecta sobre el cuerpo legislativo, el derecho se ha aplicado a otros tipos de elecciones democráticas mediante una lógica interpretación evolutiva: senados, asambleas territoriales o infraestatales, elecciones municipales e incluso al Parlamento Europeo, que no existía al tiempo de aprobarse el Convenio.

Sin embargo, no ha llegado a adentrarse en la *igualdad de peso* o de valor del voto.

Estas son las exigencias mínimas del control europeo de la construcción de la representación. Me parece que de la jurisprudencia del TEDH puede deducirse lo que he llamado una *teoría de las escalas* en la intensidad del control, atendiendo a la mayor o menor capacidad de revisión europea. Muy escasas son las restricciones que pueden ser admitidas respecto del poderoso *sufragio activo* de los ciudadanos, una situación que no debe restringirse más que por muy pocas razones (edad, condena penal, en ocasiones la residencia...). El control europeo debe ser en este terreno muy intenso. Alguna restricción más puede aceptarse en materia de *sufragio pasivo*, ligadas a aquellas causas de inelegibilidad e incompatibilidad que superen un juicio de proporcionalidad, pero no muchas. El control o escrutinio europeo puede aquí ser algo menos intenso y admitir un cierto margen nacional de apreciación por limitado que sea. Respecto del procedimiento y la administración electoral, en cambio, son múltiples las variantes que permite su regulación y el TEDH rara vez debería adentrarse en revisar las normas que regulan estos extremos, salvo contradicciones manifiestas con el sistema del Convenio; otra cosa es que deban enjuiciarse las malas prácticas, irregularidades o arbitrariedades en la aplicación de las normas electorales. Finalmente, en relación con el sistema electoral, las normas que traducen votos o escaños son el corazón de la soberanía política de los Estados; existen numerosos sistemas que pueden cubrir distintos intereses contrapuestos entre sí —proporcionalidad, gobernabilidad, personalización...—, todos los cuales no pueden alcanzarse a un tiempo, y el TEDH debería detener su escrutinio y respetar un amplio margen de configuración a los Estados, salvo violaciones manifiestas del Derecho desprovistas de justificación.

En definitiva, la Corte de Estrasburgo ha protegido sustancialmente una idea de *democracia representativa* —al igual que el Tribunal Constitucional español— y no son muchos sus pronunciamientos sobre democracia participativa.

En cambio, en el análogo sistema interamericano existe una *Carta Democrática Interamericana* de 11 de septiembre de 2011 proclamada por la Organización de Estados Americanos y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica en la exégesis de los derechos, así como la Comisión<sup>25</sup>. Esta Carta, de la que no existe parangón en Europa, es mucho

---

<sup>25</sup> J. GARCÍA ROCA y A. DALLA VÍA, «Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático», en J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA y R. CANOSA (eds.),

más ambiciosa en sus objetivos al referirse a la democracia participativa en varias ocasiones, pero la previsión aún no ha dado un gran juego. Urge esperar.

6. Concluiré. Como verán me he preguntado sobre las diferencias entre los distintos tipos de globalización que advierto, sobre la diversa relevancia del Derecho y de la lógica de la regulación en los mercados económicos y financieros, el Consejo de Europa y el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su análogo sistema interamericano de protección internacional, y también en la Unión Europea y su integración en la unión económica y monetaria y a través de derechos. En la asamblea parlamentaria del Consejo de Europa hay una débil representación indirecta pese a lo espaciado de sus sesiones. Solo en el tercer espacio existe realmente una representación política directa en el Parlamento Europeo y una representación de los Estados en la Comisión y el Consejo Europeo siguiendo la idea de una legitimidad dual. Pero es mucho lo que queda por hacer en la Unión en materia de representación política y no digamos en los Estados miembros. Son precisos cambios en las normas y, sobre todo, en la cultura política en los dos terrenos.

La reforma de los tratados originarios de la Unión parece hoy muy lejana, pues nos movemos entre el escepticismo y el fortalecimiento de las relaciones intergubernamentales al margen de aquellos. La reforma constitucional quizá ayudaría a mejorar nuestra mala representación política actual, pero no deberíamos tener expectativas sobrehumanas, sino parciales y realistas, y es razonable ser muy escépticos. No obstante, el Derecho constitucional no puede construirse sin cierta ingenuidad y voluntad ilustrada y regeneracionista. Por si el tiempo de las reformas llegara he tratado de singularizar algunos ingredientes básicos de una teoría liberal de la representación política que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del TEDH. Pero la labor es colosal y harían falta varios congresos como este. Ojalá que en sitios tan hermosos como Cerdeña.

---

*El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 221-271, e íd., *Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2013.