

## ESQUEMA DEL TEMA 13

### LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR (VI).

#### Derecho de Asociación y Derechos de Participación.

## EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

El derecho de asociación no adquiere el status de pleno derecho fundamental hasta la consolidación del Estado social en la segunda postguerra mundial; y ello debido a la desconfianza que, por el asociacionismo, sintió el Estado liberal que lo consideraba reminiscencia del antiguo régimen y, por eso mismo, incompatible con la arquitectura del orden liberal (lo recuerda la STC 67/1985, de 24 de mayo). No es extraño, pues, que no encontremos proclamado el derecho de asociación en ninguna de las declaraciones del primer liberalismo, ya que sólo bien entrado el siglo XIX comienza a regularse con severas cautelas y quedando su ejercicio bajo estricta vigilancia gubernativa.

En la historia constitucional española fue la Carta de 1869 la primera que lo proclamó (artículos 17 y 19). La Constitución de 1876 también lo reconoció sucintamente (artículo 13), desarrollándose en la Ley de 12 de julio de 1887. El artículo 39 de la Constitución de 1931 vino a proclamar conjuntamente los derechos de asociación y de sindicación, con una redacción ya alejada de los textos decimonónicos, más propia de la, emergente entonces, corriente del constitucionalismo social. Durante el régimen franquista la regulación del derecho de asociación no respondía, claro está, al principio de pluralismo y, en consecuencia, su establecimiento (artículo 16 del Fuero de los españoles) estaba fuertemente condicionado en la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones; y esta última estuvo extrañamente vigente hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

El Tribunal Constitucional (STC 67/1985 y STC 173/1998, de 23 de julio) aunque la consideró vigente en aquello en lo que no padeciera inconstitucionalidad material sobrevenida, ya advirtió que no era desarrollo cabal del artículo 22 de la Constitución por cuanto respondía a principios opuestos al pluralismo actual.

El artículo 22 de la Constitución no ha tenido, pues, más que un muy tardío desarrollo legal que sólo en 2002 dotó al ordenamiento de una verdadera ley general de asociaciones. Este vacío de más de veinte años provocó algunos inconvenientes como el provocado por la ley vasca de asociaciones que motivó la STC 173/1998 ya citada, y la necesidad de adaptar interpretativamente a la Constitución la vieja ley de 1964.

En todo caso nuestro detallado artículo 22, aprobado sin apenas debate en el proceso constituyente, responde al nuevo sentir del constitucionalismo social y sigue la

corriente, ya universalizada por las declaraciones de derechos internacionales de la segunda posguerra mundial: artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que proclama tanto la vertiente positiva como la negativa del derecho, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, o el artículo 11.2 del Convenio europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950.

Nuestra Constitución regula autónomamente las manifestaciones históricamente más polémicas del derecho de asociación: los partidos políticos (artículo 6) y los sindicatos (artículo 7), así como las excepciones a la libertad negativa: los colegios profesionales (artículo 36) y las organizaciones profesionales (artículo 52).

La Ley Orgánica 1/2002 opera en nuestro ordenamiento como ley general de asociaciones y, como su propia disposición final segunda establece, sus preceptos no orgánicos (los orgánicos son en todo caso de aplicación directa a toda asociación) son supletorios respecto de cualesquiera otras normas reguladoras de tipos específicos de asociaciones (partidos, sindicatos, organizaciones empresariales, iglesias, confesiones y comunidades religiosas, federaciones deportivas, asociaciones de consumidores y usuarios o cualesquiera otras reguladas por leyes especiales). La Ley Orgánica 1/2002 opera, en definitiva, como régimen común.

Como recordó el Tribunal Constitucional (STC 5/1996, 16 de enero), el derecho de asociación reconocido en la Constitución no carece de referencia material alguna. Pero la doctrina, la propia jurisprudencia y ahora el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2002 **excluyen del ámbito asociativo la actividad de las sociedades con ánimo de lucro** (artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio) que en puridad también se encuadrarían en la actividad humana organizada por la libre voluntad de las personas y enderezada a un fin determinado. Quedan, sin embargo, excluidas y fuera de la cobertura del artículo 22 CE y de su desarrollo legal para encajar más bien en la esfera de la libertad de empresa (artículo 38 CE). Completando la acotación, el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2002 excluye de su ámbito de aplicación, tanto a las comunidades de propietarios, como a las que se rijan por el contrato de sociedad como a las mutualidades, así como a las uniones temporales de empresas y a las agrupaciones de interés económico.

Respecto de la **titularidad** del derecho, la Ley Orgánica 1/2002 ha sido muy generosa reconociéndola incluso a las personas jurídicas públicas. El artículo 3 detalla quienes pueden asociarse: las personas físicas con capacidad de obrar y no sometidas a ninguna condición legal para la ejercicio del derecho; los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento documentalmente acreditado de sus padres (en conexión con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor); las personas jurídicas por acuerdo expreso de su órgano competente; y también las personas jurídicas públicas entre sí o con particulares como medida de fomento y en igualdad de condiciones con los privados

para evitar posición de dominio en el funcionamiento de la asociación (artículo 2.6 de la Ley Orgánica 1/2002). En lo que atañe a los militares y jueces, el artículo 3 remite a las normas propias de sus cuerpos que modulan el ejercicio del derecho de asociación. Así el artículo 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas impide a los militares la pertenencia a una asociación reivindicativa, pero la autoriza a asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales. Por su parte, el artículo 401 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial acota el derecho de asociación de jueces y magistrados a lo estrictamente profesional.

En lo que atañe a los extranjeros, la Ley Orgánica 4/2002, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la reforma en ella llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, condiciona el ejercicio del derecho de asociación a la obtención de autorización de estancia o residencia en España (artículo 8.1). Una vez lograda, el extranjero puede ejercer el derecho en las mismas condiciones que los españoles.

Conviene reparar ahora en **el contenido del derecho** y desglosarlo. Aunque el artículo 22 sólo proclama expresamente la libertad positiva de asociarse, ésta viene inexorablemente acompañada de la libertad de no asociarse. Si la libertad positiva refleja el pluralismo social y la actividad organizada de un grupo de personas (tres como mínimo son necesarios para constituir una asociación según el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/2002) encaminada a fines lícitos sin ánimo de lucro, la libertad negativa, acaso la más polémica, implica el derecho a no ser obligado a pertenecer a ninguna asociación

La libertad de asociarse se manifiesta **ad extra** en el acuerdo de constitución que refleja esa voluntad de tres o más personas de actuar de consuno en la consecución de los fines asociativos; y **ad intra** en la capacidad de fijar esos fines, de organizar la asociación y establecer el régimen interno de acuerdo, claro está, con el orden jurídico. La libertad de asociarse implica, por tanto, la facultad de autoorganización que se convierte en límite del control judicial sobre la vida interna de la asociación.

La Ley Orgánica 1/2002 regula, en sus artículos 5 a 10, el **momento constitutivo**. La constitución se produce mediante el otorgamiento, en documento público o privado, del acta fundacional donde se recogen el acuerdo de constitución y los estatutos de la asociación.

A partir de este instante la asociación adquiere su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar "sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10" (artículo 5.2). Se zanja así una polémica doctrinal surgida a propósito de los efectos constitutivos o declarativos de la inscripción registral. Tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2002 ya no hay duda de que el artículo 22.2, desarrollado por el precipitado artículo 5.2, reduce los efectos de la inscripción registral a la mera **publicidad respecto de terceros**. Las asociaciones no registradas, si han otorgado acta

fundacional, están válidamente constituidas y pueden actuar como tales, aunque el artículo 10 atribuya a la inscripción en el registro el carácter de garantía, tanto para terceros que con ella se relacionan como para los propios miembros de la asociación.

La consecuencia de la falta de inscripción viene establecida en el artículo 10.4 que "sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación" obliga a sus promotores (a quienes el artículo 10.3 impone la tarea de realizar las actuaciones precisas para la inscripción) a responder personal y solidariamente de las obligaciones contraídas con terceros, extendiendo esta exigencia a todos los asociados cuando esas obligaciones se hayan contraído actuando en nombre de la asociación. La inscripción registral supone que los asociados no responden personalmente de las deudas de la asociación (artículo 15.2 de la Ley Orgánica 1/2002).

El artículo 6 de la Ley Orgánica 1/2002 detalla los **contenidos del acta fundacional**: nombre y apellidos de los promotores, su nacionalidad y domicilio así como la denominación y, si son personas jurídicas, su razón social. El acta ha de recoger también los estatutos, el lugar y fecha de otorgamiento del acta y la firma de los promotores, además de la designación de los órganos provisionales de gobierno.

Por su parte, el artículo 7 enumera los contenidos necesarios de los estatutos, entre ellos la denominación de la asociación, sus fines, el régimen de admisión, baja y sanción, los derechos de los asociados, y los órganos asociativos.

La asociación puede establecer libremente su régimen interno en el marco del artículo 11 que exige la creación de una asamblea general y de un órgano de representación. Esta libertad de autoorganización ha de responder al principio de democracia interna "con pleno respeto al pluralismo" (artículo 2.5). El artículo 12 regula el régimen interno si los estatutos no lo disponen de otro modo; esta norma es supletoria, aplicable sólo en ausencia de reglas estatutarias.

Con relación a la **libertad negativa de asociación** el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse al respecto de varias situaciones de afiliación obligatoria a diversas asociaciones, por lo general de índole profesional. Este tipo de asociaciones no son creadas por la voluntad asociativa sino que son de creación legal y de incorporación obligatoria para quienes desarrollan determinadas actividades. La justificación de su existencia se basa en las funciones públicas que desarrollan y en que tienen una base constitucional en los artículos 36 (colegios profesionales) y 52 (organizaciones profesionales). Hay, pues, fines públicos en la actividad de estos entes que pueden asimilarse a corporaciones de derecho público y que, según el Tribunal Constitucional, son compatibles con el derecho de asociación siempre y cuando, recuerda el Alto Tribunal, se respeten tres criterios fundamentales: que la adscripción obligatoria no venga acompañada de prohibición o impedimento de asociarse libremente; que no se convierta en regla sino que se mantenga en la excepcionalidad; que haya justificación

constitucional suficiente porque existan fines de interés público que no se puedan alcanzar sin adscripción obligatoria.

Si de los artículos 36 y 52 CE pueden derivarse limitaciones de la libertad negativa de asociación, otros límites constitucionales o infraconstitucionales pesan sobre la libertad positiva de asociación. Así el artículo 22 CE, reproducido en el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 1/2002) establece que:

"Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios calificados como delitos son ilegales".

Y el apartado 4 del mismo precepto, reproducido por el artículo 2.8 de la Ley orgánica 1/2002, por su parte dispone que:

"Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar".

Estamos ante supuestos en los que en realidad no se ejerce el derecho fundamental de asociación sino cometiendo un ilícito, incluso penal, pues el derecho no faculta para crear asociaciones de las características señaladas.

El Código Penal de 1995 desarrolla, en sus artículos 515 a 521, los supuestos de los apartados 2 y 4 del artículo 22, en especial el tipo del artículo 515, de manera mucho más amplia de lo que hacía el artículo 173 y siguientes del Código Penal anterior. El artículo 515 estipula:

" Son punibles las asociaciones ilícitas teniendo tal consideración:

1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promueva su comisión.

2º Las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas.

3º Las que, aun teniendo por objeto un fin ilícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad.

4º Las organizaciones de carácter paramilitar.

5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad minusvalía, o inciten a ello".

Respecto del artículo 173 de Código Penal anterior, el citado artículo 515 presenta importantes novedades; una estriba en el mayor detalle de los apartados segundo y quinto, en el primero se añade la referencia a la "alteración y control de la personalidad"; en el último se especifican con minuciosidad los ámbitos de discriminación.

Se suma además un apartado referido a bandas armadas y organizaciones terroristas que en el anterior código podían subsumirse en el genérico del apartado primero. Y por último se despenalizan las "asociaciones clandestinas" como las denominaba el

apartado 3º del viejo artículo 173. Esta despenalización no supone legalización de las asociaciones secretas cuya inconstitucionalidad e ilegalidad deriva respectivamente del artículo 22.4 CE y del artículo 2.8 de la Ley Orgánica 1/2002. Su condición de secretas permite su disolución en los términos del artículo 38 de la Ley Orgánica 1/2002, pero ya no, obvio es, el reproche penal.

El carácter secreto de una asociación no puede estribar en su falta de inscripción registral sino en motivos de índole material: aquellas que ocultan sus fines y actividades, incluso a sus socios, y encaminan su actividad a interferir el ejercicio de las funciones de las instituciones públicas. Esta actividad podría llegar a suponer quedar incurso en tipos penales distintos del de asociación ilícita.

Otra **limitación** de la libertad de asociación afecta **a la libertad de autoorganización** y viene impuesta por la exigencia de que la organización interna y funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos (artículo 2.5 de la Ley Orgánica 1/2002). Es una imposición legal puesto que el artículo 22 CE nada dice al respecto. Sólo los artículos 6, 7, 36 y 52 CE imponen respectivamente la exigencia de democracia interna a los partidos políticos, sindicatos, colegios profesionales y organizaciones profesionales, en razón de los fines públicos que tales organizaciones desarrollan y en el tercer y cuarto de los casos por la adscripción obligatoria que se requiere a quienes desean desplegar la actividad que los colegios y organizaciones profesionales dirigen.

Si el artículo 22 CE no impone la democracia interna a las asociaciones en general podríamos preguntarnos si la exigencia legal no resulta inconstitucional al limitar uno de los contenidos esenciales de la libertad asociativa como es la libertad de autoorganización. A una pluralidad de fines ha de corresponder una variedad organizativa que con ella se corresponda. En este punto entran en juego los derechos de los asociados que también se oponen como límite al derecho de asociación y si el derecho a asociarse es manifestación, de un modo u otro, de la participación invocada por el artículo 9.2 CE, ésta se despliega mejor en asociaciones internamente democráticas. Así las cosas, como contenido mismo del derecho de asociación, la ley reguladora encuadra el derecho del asociado a participar en la vida asociativa (artículo 21 a) y el correlativo deber de la asociación de organizarse democráticamente para permitirlo. A este derecho básico de los asociados, el artículo 21 acompaña el derecho del socio a ser informado acerca de la composición de los órganos de gobierno, de las cuentas y del desarrollo de la actividad asociativa, así como del derecho a ser oído y a defenderse en los procedimientos disciplinarios internos abiertos contra él, completado todo ello con el derecho de impugnar los acuerdos de los órganos internos.

A esos límites expresos derivados de los derechos legales de los socios habría que añadir los derechos fundamentales de los que el socio no deja de ser titular. Pensemos por ejemplo en **la libertad de crítica**. Bien es cierto que la pertenencia a una asociación implica la aceptación de los fines asociativos y la obligación de colaborar en su

consecución, así como el acatamiento de los acuerdos adoptados legítimamente por los órganos internos (artículo 22 de la ley reguladora), lo que, de una u otra suerte, reclama que el asociado ejerza sus derechos fundamentales en sintonía con esos deberes asociativos; o si no lo desea, puede causar baja en la asociación.

El artículo 22.4 CE estipula que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada", previsión desarrollada en los artículos 36 a 41 de la Ley Orgánica 1/2002.

Pero el control judicial va más allá de los supuestos de suspensión y disolución -de la que se ocuparán los jueces civiles o penales según los casos- y alcanza a los acuerdos asociativos. En realidad, lo que el control judicial viene a verificar es la legalidad del funcionamiento asociativo y particularmente si los derechos de los socios son respetados. no se trata de entrar a valorar la conducta de los asociados suplantando la valoración de ella efectuada por los órganos internos sino verificar si existió una base razonable para que tales órganos tomase la decisión que afectó al socio. Esta latente tensión entre derecho de asociación y derechos, a veces fundamentales, de los asociados debe resolverse siempre con respeto de la libertad de asociación que impone un cierto autocontrol de la labor judicial, a quien corresponde una cuidadosa labor de ponderación.

## **EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN.**

El artículo 23 de nuestra Constitución presenta un contenido complejo y en realidad recoge tres derechos autónomos:

- el derecho a la participación política directamente o a través de representantes (apartado 1);
- el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apartado 2) que se desdobra, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, pero no sólo,
- el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103.3 CE.

En lo que atañe al derecho de participación política tras la segunda guerra mundial, La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948, consagra internacionalmente el derecho de participación directa o a través de representantes libremente elegidos (artículo 21.1) en elecciones periódicas con sufragio universal. En parecidos términos se expresa el artículo 25, apartados a) y

d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. La generosa pauta marcada por la Declaración de 1948 no es, empero, seguida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 cuyo artículo 3 del Protocolo Adicional 1º, de 20 de marzo 1951, reconoce, más restringidamente, un derecho a elecciones libres con escrutinio secreto para la elección del cuerpo legislativo.

Nuestro constituyente siguió, pues, la estela de los documentos de Naciones Unidas, proclamando un genérico derecho de participación política que se completa directamente con los artículos 68.1 y 69.2 CE.

El artículo 23.1 conecta de forma estrecha con la proclamación realizada en el artículo 1.1 CE: "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho".

La participación entendida como derecho ofrece la vertiente individual indispensable del Estado democrático. Y la anterior proclamación se refuerza con la mención (artículo 1.2) de que la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado. Aparece en juego también el artículo 9.2 que encomienda a los poderes públicos fomentar entre otras, la participación política. Porque se trata de un derecho de participación política, no de una participación de cualquier otra naturaleza en asuntos públicos (STC 51/1984, de 25 de abril, la primera de varias sentencias en donde se descarta la proyección del derecho de participación política a otras esferas de la vida social). Mediante este tipo de participación el ciudadano contribuye a la formación democrática de la voluntad estatal, y ésta se produce directamente a través de la elección de representantes que forman los órganos en donde esa se expresa.

Como el propio artículo 23.1 establece, la participación puede ser **directa** o **indirecta**. La primera se refleja en nuestra Constitución en la previsión del **referéndum** del artículo 92 o del referéndum de reforma constitucional (artículos 167.3 y 168.3, **Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, de las distintas modalidades de referendun**), así como en la más modesta iniciativa legislativa popular (artículo 87.3, **Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, de la iniciativa legislativa popular**).

En cambio, la representación política es el eje de la estructura democrática del estado y el verdadero mecanismo a través del cual se legitima el funcionamiento de las principales instituciones en cada esfera territorial: Cortes Generales (artículos 66.1, 68.1 y 69.2) parlamentos autonómicos (artículos 143, 151 y 152), municipios (artículo 140) y diputaciones provinciales (artículo 141.2).

El artículo 23.1 exige que la elección de los representantes se realice mediante elecciones periódicas y sufragio universal; lo segundo va de suyo con la proclamación del derecho, lo primero es indispensable para que la soberanía nacional se actualice de



cuando en cuando, en periodo razonable que nuestra Constitución fija en cuatro años para el Congreso de los Diputados y el Senado, extensión temporal asignada también a otras instituciones representativas.

La universalidad de sufragio no es la única característica del voto como se ocupan de recordar los artículos 68.1 y 69.2 que si bien se refieren respectivamente a las elecciones de cada una de las cámaras de las Cortes calificando el sufragio de universal, libre, igual, directo y secreto, estos rasgos pueden predicarse asimismo de otras elecciones. La excepción podría residir únicamente en el carácter no siempre estrictamente directo de alguna elección celebrada en España: la de diputados provinciales.

El Tribunal Constitucional ha precisado, desde la ya citada, que la titularidad del derecho corresponde en exclusiva a las personas físicas y no la ha reconocido ni siquiera a los partidos políticos a pesar de que estos sean considerados en el artículo 6 CE "instrumentos fundamentales de la participación política". Su carácter instrumental coloca a los partidos no en la posición de usurpar la participación política individual sino en la de promoverla concurriendo a su formación y manifestación.

Esto no obstante, y si bien es claro que los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución pertenecen al ciudadano, esta circunstancia no ha impedido que el Tribunal Constitucional reconozca interés legítimo suficiente a los partidos políticos y a los grupos parlamentarios para, por la vía del recurso de amparo, reclamar el respeto de tales derechos fundamentales.

Como se anticipaba al comienzo de esta sinopsis el derecho a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen de las leyes ha sido desdoblado por el Tribunal Constitucional en dos derechos nítidamente diferenciados: el de acceso a cargo público representativo y el de acceso a la función pública.

El primero englobaría al sufragio pasivo y los derechos de los representantes políticos. La Carta de 1837 contiene la primera proclamación histórica: "Todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos según sus méritos capacidad".

Todas las Constituciones que la siguieron reprodujeron literalmente el artículo citado, incluso la Constitución de 1931 que introdujo sólo una ligera variación textual, la inclusión de la expresión "sin distinción de sexo".

La fórmula de artículo 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del artículo 25 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es concisa: derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas. De estas declaraciones nuestro constituyente extrae la expresión "derecho de acceso en condiciones de igualdad" y de nuestras Constituciones históricas la

mención a las funciones y cargos públicos, añadiendo esta última referencia a cargos públicos que no se halla en los textos internacionales. Sin embargo, la clásica mención en nuestro constitucionalismo al mérito y la capacidad es trasladada al artículo 103.3 CE, aunque el Tribunal Constitucional se ha ocupado de establecer la estrecha conexión entre acceso a la función pública y los principios citados, ahora establecidos en el artículo 103.3 CE.

De la proclamación en las Constituciones históricas de un derecho de acceso a funciones y cargos públicos no hubo ocasión de inferir, como ha hecho en Tribunal Constitucional actual, un derecho diferenciado de compleja construcción jurisprudencial como es el derecho a acceder a cargos públicos representativos. Es obvio, sin embargo, que hay sustancial diferencia entre el cargo público representativo y el funcionario; aquél ejerce un derecho, éste cumple una obligación. Son distintos, además, los bienes jurídicos respectivamente protegidos, en el primer caso, la representación y, en el segundo, el mérito y la capacidad.

Hay que partir de un concepto restrictivo de cargo público representativo, ligado a la elección por sufragio universal, directa o indirecta, mediante la cual se forma democráticamente la voluntad estatal. Luego no todo cargo público es representativo, sólo el elegido por sufragio universal. Se trata de un derecho democrático del ciudadano y de un derecho de libertad y de autonomía del representante; por eso la titularidad es exclusivamente de los ciudadanos, individualmente o asociados (grupos políticos, grupos parlamentarios). El Tribunal Constitucional no admite, pues, la titularidad de los partidos políticos apoyándose también en la prohibición de mandato imperativo estipulada en el artículo 67.2 CE.

La referencia "los requisitos que señalen las leyes" ha servido al Tribunal Constitucional para reiterar hasta la saciedad que éste es un típico derecho de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio. El Alto Tribunal recuerda, no obstante, que no toda infracción de la legalidad constituye lesión del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. En cada uno de ellos se ejercen derechos diversos, facultades concretas, al amparo del artículo 23.2 CE. En el momento **DEL ACCESO** se ejerce el sufragio pasivo (artículo 68.5 CE) estrictamente ligado al sufragio activo pues ambos sirven al mismo y jurídico, es decir, a la representación, pero distinguibles y autónomos. La Constitución reclama igualdad en el acceso y, por lo tanto, en el sufragio pasivo. En este sentido son determinantes las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la Constitución (artículo 70.1) y precisadas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, en el Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 1982 y en el Reglamento del Senado, de 3 de mayo de 1994.

Durante la campaña electoral tienen los candidatos derecho al uso, en igualdad de oportunidades, de los medios públicos, lo que origina una dimensión prestacional del derecho.

La igualdad de los candidatos también ha de predicarse del mismo sistema electoral, y en este sentido se ha tenido el Tribunal Constitucional que pronunciar a propósito de la llamada barrera electoral, que consideró, en su actual configuración, no desproporcionada ni lesiva de derecho fundamental alguno

El Tribunal Constitucional hubo de plantearse, confirmándola, la constitucionalidad, primero, de la exigencia de acatamiento a la constitución para adquirir plenamente la condición de parlamentario y, segundo, acerca del empleo de la fórmula "por imperativo legal", no prevista en los reglamentos parlamentarios pero empleada por algunos para superar el requisito.

El segundo momento es el de **LA PERMANENCIA EN EL CARGO REPRESENTATIVO**. No sólo se tiene derecho a acceder sino también a permanecer: quien ha sido elegido por los electores no puede ser despojado de su cargo, pues tiene derecho a permanecer en él el tiempo previsto constitucionalmente para la duración de su mandato (artículos 68.4 y 69.6 CE). Los pronunciamientos más célebres del Tribunal Constitucional al respecto se produjeron en las SSTC 24/1983, de 6 de abril y 28/1984, de 28 de febrero; en ellas nuestro Alto Tribunal operó una interpretación extensiva de la prohibición de mandato imperativo alguno (artículo 67.2 CE) a todo cargo público representativo, incluyendo los concejales y excluyendo de paso que los partidos sean titulares de derechos que sólo a las personas físicas corresponde ejercer.

Con la misma lógica que respecto de los momentos anteriores el derecho de acceso a cargo público representativo ha de contener también un *ius in officium*, es decir, un conjunto de facultades que identifican la labor del representante y que, junto con el derecho a permanecer, forman el estatuto del parlamentario. Entre ellos el derecho a la remuneración, condicionada al cumplimiento del deber de asistencia.

Las funciones de los parlamentarios son derechos fundamentales de los representantes y atribuciones de un órgano. Estas funciones del representante que conforman el contenido del derecho son aquellas que materializan lo esencial de la actividad parlamentaria y que desglosa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en derecho a la información (STC 203/2002, de 28 de octubre), derecho de interrogación (artículos 110 y 111 CE y SSTC 177/2002, de 19 de octubre y 40/2003, de 27 de febrero), un derecho a la tramitación de las propuestas (STC 40/2003, de 27 de febrero), un derecho de enmienda ([STC 118/1995](#), de 17 de julio), además de la posibilidad de constituir grupo parlamentario (STC 64/2002, de 11 de marzo).

Todas estas facultades se integran en el *ius in officium* y conforman el bloque de las funciones parlamentarias, configuradas en los reglamentos parlamentarios, sin cuyo

ejercicio resultaría imposible el ejercicio del propio derecho del representante e indirectamente tampoco el ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos.

Como ya se ha señalado, desde 1837 las Constituciones históricas españolas han recogido, proveniente del artículo 6 de la Declaración de 1789, el derecho a acceder a cargo público conforme al mérito y la capacidad. Estos textos se referían a la función pública y no abarcaban los cargos representativos. El artículo 23.2 abarca ahora también a estos últimos, sin dejar de comprender el tradicional significado, aunque la referencia al mérito y a la capacidad se haya desplazado al artículo 103.3 con el que el Tribunal Constitucional conectó pronto este derecho cuando se pretende ejercer para el acceso a la función pública.

**EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA** no es derecho a desempeñar funciones determinadas sino **garantía de igualdad de oportunidades**, posibilidad igual si se cumplen los requisitos legales no discriminatorios.

Es, por lo tanto, un derecho reaccional para impugnar. Impide a los poderes públicos exigir requisitos no relacionados con el mérito y la capacidad. El acceso y la consiguiente selección que le precede sólo son legítimos, en definitiva, si los requisitos legales sirven para constatar el mérito y la capacidad, valorándolos de forma adecuada. Es cierto, sin embargo, que salvo excepciones contadas en la jurisprudencia ordinaria, los tribunales han venido respetando la discrecionalidad técnica de los órganos de selección; sólo cuando la arbitrariedad ha sido muy notable se ha entrado en la valoración de los méritos llevada a cabo por el órgano administrativo competente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muy abundante, se ha centrado en la interpretación del término cargo público y en lo que debe entenderse por acceso. Respecto de lo primero, consagra el Tribunal Constitucional que cargo público hace referencia a función pública profesional, de ahí que haya culminado la férrea conexión entre los artículos 23.2 y 103.3 CE. En cambio, ha interpretado extensivamente el concepto de acceso comprendiendo dentro de él también los ascensos, aunque en estos últimos los principios de igualdad, mérito y capacidad se proyecten con otra intensidad.

Acerca de las normas de acceso, exige el Tribunal Constitucional que sean generales y abstractas, no ad personam; y a propósito de la valoración de los méritos exigidos, éstos han de corresponderse con el cargo a desempeñar. En esta línea argumental rechaza que la residencia, el centro de titulación o la edad sean criterios legítimos, mientras que el cumplimiento de los plazos o, en determinadas circunstancias, el conocimiento de lengua cooficial distinta del castellano puedan constituir requisito razonables. Sobre las oposiciones restringidas el Tribunal Constitucional las ha rechazado como norma aunque las admita a título excepcional. Considera en cambio



que es admisible valorar los servicios prestados y la antigüedad, siempre que no constituyan requisitos para presentarse a las pruebas de acceso sino únicamente méritos a tener en cuenta por los órganos de selección, así como el sistema de libre designación entre quienes ya son funcionarios, en tanto que es indiferente nombrar por méritos objetivos (concurso) o realizando una apreciación subjetiva,.