

signación y nada resolvieron sobre su matizada flexibilidad. Sólo en los excepcionales supuestos de que la decisión judicial pueda estimarse como no respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la Constitución por arbitraria—por una hipotética negativa a aplicar la doctrina que exige en supuestos excepcionales la flexibilidad—, o por patentemente irrazonada—por efectuar una valoración claramente impropia que impida el acceso al recurso existiendo medios hábiles para el cumplimiento de la finalidad de la norma—, es cuando el Tribunal Constitucional podrá entrar a conocer, en recurso de amparo, de la decisión, por vulneración de dicho artículo 24.1 en cuanto fija el derecho a la tutela judicial efectiva sin producir indefensión.

5. En consideración a las afirmaciones expuestas, resulta preciso otorgar en parte el amparo a la Entidad recurrente, en los términos que resultan de la sentencia de este Tribunal de 25 de enero de 1983, y de lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, que se concreta, de un lado, en la inexigibilidad de consignar el incremento del veinte por ciento del importe de la condena declarado inconstitucional en aquella resolución, y de otro, en no liberar de consignar a la Empresa, si bien permitiéndole la posibilidad de efectuar la consignación exigible a través de un medio diferente al pago de dinero efectivo resultando en consecuencia preciso anular la providencia de 18 de abril de 1980 de la Magistratura de Trabajo número 1 de Málaga, así como el auto del mismo órgano de 5 de mayo y el auto del Tribunal Central de Trabajo de 26 de septiembre, ambos de igual año, confirmatorios de la primera, y reponer a la parte actora en su derecho a recurrir en suplicación ante dicha Magistratura la sentencia de 31 de marzo de 1980, previa proposición de medios seguros que sustituyan la consignación en metálico y que no puede efectuarse por falta de liquidez, todo ello a efecto de que la Magistratura resuelva, de acuerdo con la discrecionalidad reconocida, sobre el concreto instrumento que garantizando los derechos de los trabajadores afectados, posibilite el planteamiento del recurso en adecuadas condiciones.

8595

*Pleno. Recurso de amparo número 144/1982. Sentencia número 10/1983, de 21 de febrero, y voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente; don Jerónimo Arozamena Sierra, don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Begué Cantón, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Angel Escudero del Corral, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdaguier, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo número 144/82 promovido por el Procurador don Jesús Alfaro Matos, en representación de doña María Cristina Almeida Castro, don Luis Larroque Allende, don Eduardo Mangada Samain, don José Luis Martín Palacín y doña Isabel Vilallonga Elviro, contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid por la que desestimó el recurso contencioso electoral promovido por los mismos contra acuerdos de la Junta Electoral de Zona de Madrid que, admitiendo su baja del Partido Comunista de España, les destituyó del cargo de Concejal del Ayuntamiento de Madrid. Ha sido parte el Fiscal general del Estado y coadyuvante el Partido Comunista de España, representado por el Procurador don Ignacio Puig de la Bellacasa y Aguirre, y ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.—Representados por el Procurador don Jesús Alfaro Matos y asistidos por Letrado, doña María Cristina Almeida Castro, don Luis Larroque Allende, don Eduardo Mangada Samain, don José Luis Martín Palacín y doña Isabel Vilallonga Elviro interpusieron el pasado 22 de abril recurso de amparo contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, recurso 81/82 por la que se desestimó el recurso promovido por los mismos contra acuerdos de la Junta Electoral de Zona de Madrid que, admitiendo su baja del Partido Comunista de España, les destituyó del cargo de Concejal del Ayuntamiento de Madrid.

Piden que se declare la nulidad de la mencionada resolución judicial, se restablezca a los recurrentes en la integridad de sus derechos como miembros del Partido Comunista y en el derecho al cargo de Concejales del Ayuntamiento de Madrid, ordenando su inmediata reincorporación a dichos cargos. Asimismo, y mediante «otrosí», solicitan que se eleve al Pleno de

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por la Compañía mercantil «Emeya. Hoteles Mediterráneos, S. A.», y, en consecuencia:

1.º Anular la providencia de la Magistratura de Trabajo número 1 de Málaga de 18 de abril de 1980 que tuvo por no anunciado el recurso de suplicación que pretendía interponer la demandante, así como los autos de igual órgano y del Tribunal Central de Trabajo de 5 de mayo y 26 de septiembre de 1980, respectivamente.

2.º Reponer el derecho a la parte actora para que previa proposición de medios seguros adopte dicha Magistratura de Trabajo la decisión que permita conjugar el derecho al recurso de suplicación y la posterior ejecución de la sentencia, sin exigir la consignación en metálico.

3.º Declarar que, de acuerdo con la sentencia de este Tribunal Constitucional de 25 de enero de 1983 (cuestión de inconstitucionalidad número 222/1982), la consignación en metálico o de medios sustitutorios de la misma no puede alcanzar el veinte por ciento de la cantidad importe de la condena en sentencia, por estar declarado inconstitucional en dicha resolución.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 21 de febrero de 1983.—Firmado: Manuel García-Pelayo y Alonso.—Jerónimo Arozamena Sierra.—Angel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Francisco Rubio Llorente.—Gloria Begué Cantón.—Luis Díez Picazo.—Francisco Tomás y Valiente.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Angel Escudero del Corral.—Antonio Truyol y Serra.—Francisco Pera Verdaguier.—Rubricados.

este Tribunal la cuestión planteada «a efectos de la declaración de la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales de 17 de julio de 1978».

Segundo.—Por providencia de 2 de junio la Sección Tercera acordó admitir a trámite dicho recurso, interesar de la Audiencia Territorial de Madrid y de la Junta Electoral de Zona de esta misma capital el envío de las actuaciones correspondientes, advirtiendo al tiempo al primero de los órganos citados de la necesidad legal de emplazar a quienes hubieran sido parte en el recurso 81/82, resuelto por la sentencia recurrida, para que en el plazo de diez días puedan comparecer ante este Tribunal.

Dentro del indicado plazo, y a través de Procurador, compareció don Manuel Rico Rego, representante legal del Partido Comunista de España, que había sido parte en el recurso contencioso-administrativo

Tercero.—Recibidas las actuaciones, por providencia de 8 de julio de 1982 se abrió el plazo para alegaciones previsto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), dentro del cual presentaron las suyas los recurrentes, el Ministerio Fiscal y la representación del Partido Comunista de España (PCE).

Cuarto.—Los hechos que dan lugar al presente recurso, según la exposición de los recurrentes, son los siguientes:

El día 4 de noviembre de 1981 el Comité Provincial de Madrid del PCE acordó destituir a los recurrentes de los cargos públicos que ocupaban por haber perdido la confianza política del Partido como consecuencia del incumplimiento grave de los Estatutos, incumplimiento que había encontrado su expresión más acabada en la firma de un documento público de convocatoria de un acto al que asistirían los señores Lerchundi y Onaindia. Esta resolución les fue comunicada por carta de 5 de noviembre. Tras diversas actuaciones internas del mismo Comité Provincial, el día 17 del mismo mes comunicó a los interesados que estando éstos adscritos, en cuanto Concejales de Madrid, a dicho Comité y no habiendo presentado sus dimisiones dentro del plazo de doce horas concedido, se les expulsaba del Partido y se iniciaban los trámites necesarios para sustituirles, de acuerdo con lo previsto en los Estatutos y en el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio. Se les anunciaba igualmente que esa resolución podía ser recurrida ante las Comisiones Provincial y Central de Garantías y Control, posibilidad que los recurrentes utilizaron infructuosamente.

Por escrito fechado el día 5 de enero de 1982, el señor Rico Rego, como representante del Partido Comunista de España, se dirigió a la Junta Electoral de Zona de Madrid, ante la que, con carácter cautelar, habían comparecido antes los recurrentes, notificando que éstos habían sido expulsados del Partido; que igualmente habían sido expulsados otras 11 personas que figuraban tras ellos en la lista de candidatos del PCE a las elecciones municipales del Ayuntamiento de Madrid; que habían abandonado voluntariamente el Partido otras tres personas que estaban en la misma situación y que presentaban su renuncia a sustituir en las Concejalias a los expulsados otras cinco; ter-

minaba solicitando que, por todo ello, se comunicase al Ayuntamiento de Madrid los nombres de los señores Torrente Larosa, Pastor Alonso de Prado, Setien Martínez, Clavo Ruiz y Herrera de Elera para cubrir las vacantes producidas en dicha Corporación en representación del PCE.

La Junta Electoral de Zona, de acuerdo con lo solicitado y en aplicación del artículo 11, apartados 6.º y 7.º, y disposición final cuarta de la Ley 39/1978, de 17 de julio, acordó tener por cesados en el cargo de Concejales a los señores Almeida Castro, Larroque Allende, Mangada Samain, Martín Palacín y Vilallonga Elviro, por haber sido expulsados del PCE, y sustituidos por los señores antes indicados; acordó asimismo que estos nombramientos y ceses se comunicaran al Ayuntamiento de Madrid.

Contra este acuerdo interpusieron los interesados recurso ante la Audiencia Territorial de Madrid, al amparo de lo dispuesto en los artículos 42 y siguientes de la Ley 39/1978, desarrollada en este extremo por el Real Decreto 561/1979, de 16 de marzo, y las Resoluciones de 25 de mayo de 1979 y 17 de enero de 1980. Basaban su recurso en las consideraciones de que su expulsión había sido decretada por un órgano, el Comité Provincial, estatutariamente incompetente, e implicaba un auténtico fraude de ley, pues no se había producido el cese en el cargo público como consecuencia de la expulsión, sino que deliberadamente se había acudido a la expulsión como medio para lograr el cese; en lo que toca a éste, alegaban que se había decretado por aplicación de una norma —la del artículo 11.7 de la Ley 39/1978— que había que entender derogada por la Constitución en cuanto que infringe lo dispuesto en los artículos 14, 22, 23 y 67 de ésta. El recurso fue desestimado por sentencia de la Sala Segunda de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha 18 de marzo de 1982. El Tribunal sentenciador que examina el procedimiento seguido para la expulsión de los recurrentes, por ser ésta presupuesto de hecho de su cese como Concejales, entiende que no se aprecia la existencia de fraude de ley, que exige que, al amparo de una ley de cobertura, se cree una situación de hecho destinada a eludir la aplicación de una disposición legal, ni carecía el Comité Provincial del PCE de competencia para acordar la expulsión, ni puede estimarse que el artículo 11.7 de la citada Ley 39/1978 adolezca de inconstitucionalidad sobrevenida, pues el artículo 67 de la Constitución Española (CE) se refiere sólo a las Cortes Generales, en tanto que el 23, que garantiza el acceso a las funciones y cargos públicos, precisa que este derecho se tiene cuando se cumplen los requisitos que señalen las Leyes, que en este caso es la repetida Ley 39/1978, sin que el precepto constitucional pueda entenderse vulnerado por el hecho de que los designados hayan de cesar por voluntad del Partido, puesto que también fueron financiados y nombrados a su través, ni por ciertas peculiaridades de su cese, puesto que también las tuvo su nombramiento.

Quinto.—Las alegaciones presentadas por las partes pueden resumirse del siguiente modo:

a) Sobre la admisibilidad del recurso:

En tanto que los recurrentes se limitan a afirmar que concurren todos los requisitos exigidos por la LOTC en orden a su postulación, plazo, agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial e invocación en ella de los preceptos constitucionales que suponen vulnerados, tanto el Ministerio Fiscal como la representación del PCE oponen reparos a la admisión del recurso.

El Ministerio Fiscal, tras afirmar que «en el orden de los principios y al margen de juicios de valor, nada tenemos que objetar a la posibilidad de control jurisdiccional de las decisiones de los órganos estatutarios de los partidos y, específicamente, de aquellas que se refieran a las sanciones disciplinarias» sostiene que este control no puede operarse a través del recurso contencioso-electoral configurado en el artículo 42 de la Ley 39/1978, que sólo puede aplicarse a los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos o de candidatos electos y a los actos de procedimiento de elección y al acto de proclamación de electos de Presidentes de Corporaciones Locales. A su juicio, la revisión jurisdiccional de los acuerdos de expulsión de un partido político que no tiene encaje en ninguno de los procedimientos previstos en la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, habría de sustanciarse o a través del juicio declarativo de mayor cuantía o, en su caso, por el procedimiento de «garantía jurisdiccional civil» de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. En cuanto que el contencioso-electoral no es vía procedente para tal revisión, las alegaciones basadas en la supuesta ilegalidad de la expulsión y solicitud de que se restablezca a los demandantes en la integridad de sus derechos como miembros del PCE han de ser desestimadas y en rigor son inadmisibles por aplicación de lo dispuesto en los artículos 43.1 y 44.1, a), de la LOTC.

En un orden de ideas próximo, la representación del PCE, que a juicio de los recurrentes comparece con insuficiencia de poder, sostiene, de una parte, que los recurrentes no han agotado —y en rigor ni siquiera iniciado— la vía judicial previa y que, de la otra, no puede confundirse en un solo recurso de amparo dos peticiones distintas: La de que se declare nula una sentencia judicial y la de que se declare inconstitucional una Ley.

En lo que toca a lo primero, el artículo 43.1 de la LOTC exige el agotamiento de la vía judicial precedente, que, según la disposición transitoria segunda de la misma LOTC, será la con-

tencioso-administrativa ordinaria o la contemplada en la sección 2.ª de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Como, según esta última, frente a la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid cabe recurso de apelación ante el Tribunal Supremo, los recurrentes debieron acudir a él. No habiéndolo hecho el recurso de amparo es inadmisibles, sin que quepa alegar en contrario que no cabe la apelación en el contencioso-electoral, pues los recurrentes pudieron acudir en tiempo y forma en recurso contencioso-administrativo ante la jurisdicción ordinaria.

La segunda de las objeciones a la admisión antes indicada la argumenta la representación del PCE diciendo que es cuestionable la legitimación de los recurrentes para pedir la declaración de inconstitucionalidad de una Ley; que no se puede dirigir una petición de ese género contra una Ley preconstitucional que, de ser contraria a la Constitución, habría quedado derogada por ésta y que, en todo caso, aunque estuvieran legitimados y la Ley fuera susceptible de ser declarada inconstitucional, no pueden mezclar en un mismo recurso dos peticiones distintas.

b) Sobre el fondo de la cuestión planteada:

Los recurrentes ofrecen dos líneas argumentales distintas: La de la ilegalidad de los acuerdos de expulsión y sustitución, que habría infringido los Estatutos del PCE y sería violatoria de la libertad ideológica y del derecho de asociación consagradas en los artículos 16 y 22, y la de la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, cuya aplicación determinó su cese.

La incorrección jurídica del acuerdo de expulsión y sustitución es, a su juicio, consecuencia, en primer lugar, del hecho de haber sido decretada por un órgano incompetente pues sólo tienen competencia para ello la Agrupación u órgano a que el afiliado esté adscrito, y ellos no lo estaban al Comité Provincial de Madrid, y, en segundo término, de la falta de aprobación del acuerdo de sustitución por el Comité Central del partido, que estatutariamente debería haberlo hecho, como lo hizo en otros casos, por haber intervenido también en la formación de la candidatura electoral. Estos acuerdos serían violatorios, por último, de la libertad ideológica consagrada en el artículo 16 de la CE, pues se originan en la participación de los recurrentes en la convocatoria de un acto público y no existe norma estatutaria alguna que prohíba esas convocatorias ni se ha adoptado medida alguna contra el resto de los convocantes (más de 60) y la libertad de asociación que garantiza el artículo 22 del texto constitucional, que como derecho individual no puede ceder ante una posición constitucional como la que el artículo 6.º de la CE otorga a los partidos. En cuanto que no remedia estos defectos, se atribuye a la sentencia de la Audiencia Territorial también la violación de los indicados preceptos constitucionales, además del 14, que, sin embargo, se pone en relación con la alegada inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley 39/1978.

El peso de la argumentación de los recurrentes se dirige a demostrar esta pretendida inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de Elecciones Locales. Ese precepto, en efecto, viola en su opinión los artículos 23 y 67 del texto constitucional en cuanto que excluyen toda posibilidad de mandato imperativo «dentro del sistema electoral español para la designación de órganos políticamente representativos». Afirman que la prohibición del mandato imperativo, generalizada en todos los sistemas constitucionales de los siglos XIX y XX y encaminada a garantizar la libertad de los elegidos frente a los electores, no ha podido escapar a la influencia que la institucionalización, incluso constitucional, de los partidos políticos, ha tenido sobre la estructura de la representación, pero que ningún ordenamiento, salvo la Constitución de Bangladesh de 1972, admite que las decisiones internas de los partidos tengan eficacia para ocasionar la pérdida del escaño y en la generalidad de los ordenamientos, como en la doctrina y en la jurisprudencia, se considera ilegítima cualquier técnica que comprometa a los elegidos a presentar su dimisión cuando el partido los requiera.

Este es también el caso en nuestro Derecho. Los partidos políticos son asociaciones que, como tales, agrupan a individuos (art. 22 CE) portadores de intereses particulares. El cuerpo electoral, por el contrario, no está integrado, de acuerdo con el artículo 23.1 de la CE, por individuos, sino por ciudadanos, cuyos representantes no pueden estar vinculados a interés particular alguno, sino sólo al interés general. La soberanía nacional, que reside en el pueblo (art. 1.2 CE) se traslada a sus representantes (arts. 23.1 y 66 CE), no a los partidos políticos, cuyo papel en el sistema electoral se extiende únicamente a la presentación de candidaturas y no en todos los casos.

En virtud de estas normas, que no quedan invalidadas por el hecho de que el artículo 67.2 de la CE se refiera expresamente sólo a las Cortes Generales, pues se trata de un principio general aplicable también a las elecciones municipales de acuerdo con los artículos 137 y 140 de la CE, los recurrentes consideran que el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales ha quedado derogado por la Constitución, apoyando esta conclusión en la doctrina expuesta por este Tribunal en su sentencia de 2 de febrero de 1981 (Fundamento 1.B).

Desde otro punto de vista, el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, resulta también inconstitucional en cuanto que da un trato distinto a quienes son elegidos Concejales siendo miembros de

un partido y a quienes resultan elegidos sin serlo, bien porque figuran en listas propuestas por agrupaciones de electores, bien porque, aun figurando en candidaturas de partido, son independientes. Esta desigualdad viola tanto el derecho garantizado por el artículo 23.2 de la CE de acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad, como la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 de la CE, pues es realmente una discriminación de que se hace objeto a quienes se limitan a hacer un uso lícito de otros derechos constitucionales como son la libertad ideológica (art. 18.1 CE) y el derecho de asociación (art. 22 CE).

El Ministerio Fiscal, a su vez, tras reiterar su opinión de que el contencioso-electoral no es la vía procesal idónea para el control jurisdiccional de las decisiones de expulsión adoptadas por los partidos políticos, que en este caso juegan como simple presupuesto para la aplicación de una norma legal, afirman que toda la argumentación dirigida a probar la supuesta ilegalidad de la expulsión y todas las pretensiones con ellas concordadas quedan fuera del ámbito propio del recurso constitucional de amparo, como estaba fuera, en su día, del ámbito del recurso contencioso-electoral. Este sólo podría revisar la corrección en la aplicación de determinadas disposiciones legales cuyo núcleo es el precepto del artículo 11.7 de la Ley 39/1978.

Es sin duda correcta, a juicio del Ministerio Fiscal, la corrección que los recurrentes establecen entre la constitucionalidad de esta norma y su pretensión de amparo, pues de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia de 18 de diciembre de 1981 (RR.AA. 55 a 57/1981), la inconstitucionalidad de una Ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede hacerse valer en amparo, siempre que ese alegato se haya hecho previamente ante el Juez que ha conocido en el proceso precedente, según puntualizó la sentencia de 21 de abril de 1982. La corrección procesal de la alegación no puede ser rebatida, si, en cambio, el fondo mismo de la alegación.

Esta se apoya, en efecto, en dos argumentos inaceptables: la supuesta violación de la (también supuesta) interdicción general del mandato imperativo y la hipotética violación del principio de igualdad. El primero de ellos ha de ser rechazado porque ni el artículo 87.2 de la CE, que prohíbe el mandato imperativo, se refiere a los Concejales, sino sólo a los miembros de las Cortes Generales; ni el artículo 23.1 de la CE condiciona las formas concretas de articulación de las estructuras representativas y de las designaciones, ceses o sustituciones de los representantes; ni, por último, en el supuesto que nos ocupa, cabe hablar de mandato imperativo, pues el cese de los Concejales no ha tenido como causa —próxima o remota— ninguna imputación relacionada con su gestión municipal y la existencia de un concreto mandato imperativo, sino la expulsión del Partido motivada por problemas de disciplina o discrepancias ideológicas entre los demandantes y los órganos estatutarios.

Tampoco el segundo argumento resulta convincente, pues no toda diferenciación puede imputarse a discriminación, sino sólo la que es injustificada por no ser razonable (sentencia del TC de 10 de noviembre de 1981, CI 48/81) y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975. La diferencia de trato legislativo entre los candidatos de partido y los candidatos de listas independientes tiene su origen, dice el Ministerio Fiscal, en lo que podríamos llamar razones de naturaleza. La candidatura independiente, al menos externamente, no tiene más adherencia o vinculaciones que la voluntad participacionista solidaria de quienes la forman; en cambio, la candidatura partidaria es promovida y auspiciada por los órganos estatutarios del Partido y no parece insólito que produzca la baja en el mismo —voluntaria o forzosa— decaiga también el derecho de investidura, reconociéndose el derecho de sustitución de los componentes de las listas que mantienen la plenitud de legitimidad representativa en su doble vertiente: voto particular e integración en el Partido promotor. La solución legislativa tal vez no sea la mejor imaginable, pero en cuanto que no da un trato diferente a los componentes de unas y otras candidaturas, sino en aquello en lo que son efectivamente diferentes, cabe dentro del amplio marco de la Constitución que describe la sentencia de este Tribunal de 8 de abril de 1981 (RI 192/80) y no incide en el «contenido esencial» de los derechos fundamentales que los recurrentes invocan.

En su oposición a la argumentación que apoya en el fondo la pretensión de los recurrentes, la representación del PCE, tras afirmar «que no está claro cuál es el derecho que aquellos persiguen», sostiene que la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid es inobjetable por haber «sido dictada conforme a Ley y conforme a equidad». Dicha sentencia ha analizado minuciosamente, se dice, todos los hechos que condujeron a la expulsión de los recurrentes, al expediente que sirve de base a la resolución de la Junta Electoral de Zona y «los postulados constitucionales a los que hacen referencia los recurrentes». Este análisis, se añade, se lleva a cabo «dentro del margen que al juzgador le dican los estatutos del PCE, la Ley de Elecciones Locales, la Resolución de la Junta Electoral de Zona y la Constitución Española». La Sala sentenciadora llegó así a la conclusión de que la expulsión de los recurrentes se ajusta a lo previsto en los artículos 33 y 67 de los Estatutos del PCE y que el alegato con el que quiere sostenerse la su-

puesta inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 11.7 de la Ley 39/1978 es inaceptable porque está basado en el artículo 67 de la Constitución, que forma parte de su título III y se refiere a las Cortes Generales y no a las Corporaciones Locales ni a la Administración Local, regulada en el título VIII del texto constitucional. También rechaza la sentencia el argumento basado en la incompatibilidad entre el citado artículo de la Ley de Elecciones Locales y el artículo 23 de la Constitución, pues la igualdad en el acceso a los cargos que éste garantiza es dentro de las condiciones establecidas por la Ley.

Además de hacer suyos todos los argumentos que detrae de la sentencia atacada, que se ajusta también a la equidad al no inmiscuirse «en las decisiones de un partido democrático», la representación del PCE sostiene que los recurrentes en el fondo recaban para sí un derecho que no le está reconocido a ningún ciudadano español: El de que un partido les financie las elecciones y les prepare los actos electorales para, una vez elegidos, poder llevar a cabo cualquier tipo de acto al margen de la política del partido, que no podría sancionarles de ninguna forma. La representación del PCE afirma que esta pretensión de los recurrentes equivale a pedir una «revisión total de todos y cada uno de los títulos de que consta la Constitución Española». Califica de absurda esta pretensión de quienes sólo han advertido la inconstitucionalidad de la Ley conforme a la que fueron elegidos cuando se ha aplicado en su contra y alegan que han sido expulsados por hechos ajenos a su actuación como Concejales, pretendiendo ignorar el hecho de que «los planteamientos políticos de un partido significan un sistema de vida, una forma de conocimiento de las cosas, un método de conocimiento y de transformación social» y de que «cuando los electores votan a una determinada candidatura... votan todos estos conceptos y no sólo... a una persona concreta, independientemente de su prestigio para el desarrollo de una función concreta». Por último señala la mencionada representación que al resolver la alegada inconstitucionalidad este Tribunal no podrá dejar de tener en consideración «que la Ley de Elecciones Locales fue aprobada por las Cortes y sirvió de base para llevar a cabo las primeras elecciones democráticas en los Ayuntamientos de España después de nuestra guerra civil. Si este artículo fuera declarado inconstitucional, es evidente que forzosamente deberían cuestionarse todos los resultados electorales de las elecciones locales que se han celebrado en todo el territorio español... (v) ... la solución que se ha dado a litigios similares al que nos ocupa».

Sexto.—Por providencia de 10 de febrero de 1983 se señaló el día 17 del mismo mes para la deliberación y votación de este recurso, fecha en que tuvo lugar.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.—Antes de entrar en el fondo del asunto que se nos plantea es indispensable despejar una serie de cuestiones menores, suscitadas por defectos formales de los escritos presentados, y dar respuesta a la objeción que frente a la admisibilidad del recurso hace el Ministerio Fiscal.

De entre las citadas cuestiones de menor entidad, la primera es la que plantean en su escrito de alegaciones los recurrentes al tachar de insuficiente el poder mediante el que se persona en autos la representación del Partido Comunista de España, insuficiencia que resultaría no del poder concedido por los representantes del Partido Comunista al Procurador que actúa en este proceso, sino de la delegación que el órgano supremo del Partido hace en favor de determinados miembros de su Comité Central, que son, a su vez, quienes otorgan poder en favor del Procurador: La escritura pública mediante la que, en nombre del Comité Central del partido, se apodera a los indicados miembros del mismo para llevar a cabo todas las actuaciones relacionadas con las elecciones municipales de 1979 incluye, sin embargo, la facultad de ejercitar todo género de acciones e interponer todo género de recursos y ha de ser considerada por tanto bastante para comparecer en el presente.

En segundo término hay que eliminar también la confusión que resulta de algunas expresiones utilizadas por los recurrentes que, en apariencia, dirigen su recurso contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid. Es evidente que dicha sentencia, pronunciada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicha Audiencia, se dicta en ejercicio de la función de control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública y, en concreto, en el ejercicio del control jurisdiccional sobre el Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid por el que se consideraban decaídos de sus cargos a los Concejales hoy recurrentes y se nombraba a las personas que habrían de sustituirles. El origen de la lesión que se alega, si existiera, se encontraría por tanto en el acto de la Administración y no en la sentencia judicial, que se ha limitado a mantener la fuerza del mismo, sin anularlo. Esta precisión llega a concluir que el presente recurso ha de entenderse formulado, como efectivamente se dice en el mismo, al amparo del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contra un acto de la Administración Electoral.

El Ministerio Fiscal sostiene, según se recoge en los antecedentes, que el recurso contencioso-electoral al que los recurrentes en amparo acudieron frente al acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid tiene un ámbito estrictamente limitado, dentro del cual no tiene cabida el examen de las

presuntas vulneraciones de derechos fundamentales que ante nosotros se alegan, de tal modo que el remedio frente a tales presuntas vulneraciones debería haber sido buscado por los recurrentes a través del procedimiento de protección jurisdiccional creado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Saca de todo ello el Ministerio Fiscal la conclusión de que, no habiéndose dado ocasión a los órganos del Poder Judicial de remediar las supuestas vulneraciones, no se ha agotado la vía previa como es requisito indispensable para acudir a la vía de amparo constitucional y, falto de este requisito, el presente recurso debe ser declarado inadmisibile.

Frente a esta argumentación es forzoso entender, sin embargo, que en el procedimiento contencioso-electoral, como en cualquier otro procedimiento judicial, cabe alegar siempre la violación de derechos fundamentales, aunque para la protección de éstos exista un procedimiento específico. En el presente caso, los recurrentes alegaron ante la Audiencia Territorial y en la vía contenciosa-electoral, la supuesta existencia, en su contra, de una infracción de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. El órgano judicial conoció de dichas alegaciones y resolvió acerca de ellas al fundamentar su decisión desestimatoria. Basta con ello para entender suficientemente cumplido el requisito de admisibilidad que impone el artículo 43 de la LOTC y desechar, en consecuencia, la objeción que frente a la admisión formulaba el Ministerio Fiscal.

De todo lo dicho resulta también claro que el recurso de amparo que consideramos admisible se intenta contra el acto de un poder público (la Junta Electoral de Zona de Madrid) frente al cual se ha agotado la vía judicial precedente. No puede entenderse en modo alguno, pese a algunas argumentaciones utilizadas por los recurrentes, que sea ésta la sede idónea para atacar la corrección estatutaria de los acuerdos de expulsión adoptados en su contra por el Partido Comunista de España, pues ni son los actos de un partido político actos de un poder público, ni dichos actos fueron examinados por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Madrid, sino como presupuesto fáctico del acuerdo de la Junta Electoral de Zona que frente a ella se oponía.

Segundo.—La alegación que fundamenta en el fondo la petición de los recurrentes es la de que, al decretar su cese y sustitución de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.7 de la Ley 39/1978, la Junta Electoral de Zona de Madrid ha violado los derechos fundamentales que garantiza, en sus dos apartados, el artículo 23 de la Constitución, con el que el mencionado artículo 11.7 resulta incompatible en términos tales que, en virtud de lo dispuesto por el apartado 3.º de la disposición derogatoria de la Constitución, debe ser considerado derogado y, por tanto, vacío de todo valor desde la promulgación misma de aquélla.

Para resolver sobre esta alegación hay que comenzar por determinar, en lo aquí necesario, el contenido de los derechos que el mencionado artículo 23 de la Constitución consagra.

El primero de ellos es, claro está, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Es obvio que, dado el caso que nos ocupa, huelga aquí todo análisis sobre el derecho de participación directa de los ciudadanos o sobre las notas de libertad y periodicidad que se predicán de las elecciones de representantes. El problema nuclear es el de cuál sea el contenido concreto del derecho a participar mediante representantes o, en otros términos, cuáles son, en cuanto hayan de ser tenidas en cuenta para la decisión de este recurso, las notas esenciales del concepto de representación política.

El sentido democrático que en nuestra Constitución (artículo 1.2) reviste el principio del origen popular del poder obliga a entender que la titularidad de los cargos y oficios públicos sólo es legítima cuando puede ser referida, de manera mediata o inmediata, a un acto concreto de expresión de la voluntad popular. Es obvio, sin embargo, que pese a esta identidad de legitimación de todos los titulares de cargos y funciones públicas, sólo se denominan representantes aquéllos cuya designación resulta directamente de la elección popular, esto es, aquellos cuya legitimación resulta inmediatamente de la elección de los ciudadanos.

La función del representante puede revestir, ciertamente, muy distintas formas y aunque en el entendimiento común y en la opción política de nuestra Constitución (artículo 1.3) la idea de representación va unida a la de mandato libre, no es teóricamente inimaginable un sistema de democracia mediata o indirecta en la que los representantes estén vinculados al mandato imperativo de los representados. No es éste, sin embargo, el problema que aquí se nos plantea, pues en el presente caso no se discute la legitimidad o ilegitimidad constitucional de una norma que sujete los representantes al mandato de los representados de la forma que, con referencia a los miembros de las Cortes Generales, prohíbe expresamente el artículo 67.2 de nuestra Constitución.

El extremo que debe ser analizado es el de si, dada la conexión necesaria e inmediata que, como acabamos de afirmar, existe entre representación y elección popular, cabe considerar constitucionalmente legítima una organización de la representación en la que los representantes pueden ser privados de su función por una decisión que no emana de los propios electores. No requiere este análisis de muy largo desarrollo

para llegar a una respuesta inequívocamente negativa. Si todos los poderes del Estado emanan del pueblo, podrá discutirse la conveniencia o, dentro de un sistema representativo concreto, la licitud de la facultad de revocación concedida a los electores, o la oportunidad o la justicia de aquellas normas jurídicas que, de modo general, establezcan, como consecuencia necesaria de ciertos supuestos de hecho, el cese del representante en las funciones que el pueblo le ha conferido. No es, por el contrario, constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público, la facultad de determinar por sí misma ese cese sujetándose sólo a las normas que libremente haya dictado para sí.

El derecho que la Constitución (artículo 23.1) garantiza a todos los ciudadanos de participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos, es un derecho que corresponde a cada ciudadano y que puede ser vulnerado por actos que sólo afecten a cada uno de éstos en particular. La vulneración que resulta del hecho de privar al representante de su función les afecta, sin embargo, a todos simultáneamente y es también una vulneración del derecho del representante a ejercer la función que le es propia, derecho sin el que, como es obvio, se vería vaciado de contenido el de los representados. Lo propio de la representación, de cualquier modo que ésta se construya, tanto basada en el mandato libre como en el mandato imperativo, es el establecimiento de la presunción de que la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos en su conjunto y no sólo a quienes votaron en su favor o formaron la mayoría, los actos de aquél. El desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella. Al reaccionar contra el acto que lo expulsa de su función, el representante no defiende por tanto sólo un derecho propio, pero tampoco, en modo alguno, un derecho ajeno, pues la finalidad que persigue es justamente la de restaurar la unidad de voluntad en que la representación consiste.

En su segundo apartado, el artículo 23 de nuestra Constitución consagra el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes. En lo que aquí importa este derecho (que protege a los titulares de cargos y funciones públicas de cualquier género y no sólo, como el antes considerado, a los titulares de funciones representativas) implica también el de no ser removidos de los cargos o funciones públicos a los que se accedió si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos. El legislador puede establecer libremente las condiciones que estime más adecuadas, pero su libertad tiene limitaciones que son, de una parte, las generales que imponen el principio de igualdad y los derechos fundamentales que la Constitución garantiza y, de la otra, cuando se trata de cargos o funciones cuya naturaleza esencial aparece definida por la propia Constitución, las que resultan de la necesidad de salvaguardar esta naturaleza. En el caso de los cargos y funciones públicos de carácter representativo, una regulación legal que sea contraria a la naturaleza de la representación violará también por ello el derecho del representante a permanecer en el cargo.

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

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

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

En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la

legislación electoral (Real Decreto-ley 20/1977, de 16 de marzo, y Ley 39/1978, de 17 de julio) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas en las que, junto con el nombre de los candidatos, figura la denominación del partido que los propone. La decisión del elector es así producto de una motivación compleja que sólo el análisis sociológico concreto permitiría, con mayor o menor precisión, establecer en cada caso. De acuerdo con la Constitución (artículos 6, 23, 68, 69, 70 y 140) es inequívoco, sin embargo, que la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado. El procedimiento legalmente establecido para la sustitución de candidatos antes de la proclamación de los electos y para cubrir las vacantes producidas en los órganos representativos puede quizás enturbiar para algunos esta evidencia, pero ese enturbiamiento debe quedar disipado con la simple reflexión de que tal procedimiento es una consecuencia técnica del sistema proporcional, dentro del cual no cabe la celebración de elecciones parciales para cubrir una sola vacante y opera por ello con referencia a la lista propuesta a los electores, con independencia de que la propuesta haya sido presentada por un partido político, que preexiste y subsiste a la elección, o por una simple agrupación electoral que, en cuanto tal, desaparece con la celebración de aquélla.

Cuarto.—El razonamiento hasta ahora seguido permite ya asentar sobre una base adecuada el análisis del artículo 11.7 de la Ley 39/1978 desde el punto de vista de su constitucionalidad y, más precisamente aún, desde el punto de vista de su compatibilidad o incompatibilidad con los derechos garantizados por el artículo 23 de la Constitución.

El mencionado artículo 11.7 contiene, como es notorio, un grave error de dicción y está construido a partir de una presunción implícita que, de no verificarse en la realidad, como es posible, aunque improbable, conduciría a un resultado absurdo. El error de dicción se da en el enunciado del supuesto de hecho, pues, según resulta evidente del texto constitucional y de cuanto, de acuerdo con una doctrina prácticamente unánime, acabamos de exponer, las listas de candidatos son simples propuestas y la representación, en el sentido jurídico-político del término, surge sólo con la elección y es siempre representación del cuerpo electoral y nunca del autor de la propuesta. El uso del verbo «representar», aunque sin duda explicable por la amplitud de su contenido semántico, que incluye otras muchas acepciones, resulta perturbador en un contexto que gira en torno de sólo una de ellas, con la que dicho uso no se corresponde.

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

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

Esta concepción no concuerda con la que resulta de la Constitución, que antes glosábamos y no puede, por tanto, ser aceptada. No bastaría, empero, esta discordancia entre la concepción que inspira el precepto y la que resulta de la Constitución para declarar inválido dicho precepto si éste no se opusiera en todo o en parte a normas de la Constitución ni podría tampoco cualquier inconstitucionalidad así fundamentada ser tomada en consideración para conceder o denegar el amparo que se nos pide, pues esta pretensión sólo puede deducirse frente a la presunta vulneración de un derecho fundamental.

Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa de su propio seno, como en el presente caso ocurre, el precepto infringe, sin embargo, de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado, en el sentido más amplio del término. Pero aunque se entendiera, violentando el ordenamiento, que representaban sólo la voluntad de sus propios electores y que éstos quisieron otorgar su representación a todos y cada uno de los integrantes de la lista propuesta, de tal modo que la sustitución operaría siempre en favor de personas a quien también los votantes de la lista desearon conceder su representación, seguiría siendo cierto que ésta implica la necesidad de que fueran personas concretas las elegidas y que lo fueron para el desempeño de una función que exige que la libre voluntad del representante y, por ende, su permanencia en el cargo no quede subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular.

La vulneración, tanto en la persona del representante como en la de los representados, del derecho fundamental consagrado en el artículo 23.1 implica también, por razones ya expuestas, una violación del derecho de los representantes a permanecer

en su cargo... «con los requisitos que señalen las leyes», pues en este caso tal requisito ha de reputarse inválido por ser incompatible con la naturaleza que la Constitución misma atribuye al cargo. Con independencia de ello, los recurrentes estiman que el citado artículo 11.7 de la Ley 39/1978 y, por consiguiente, el acto que lo aplica, vulnera también este derecho a la permanencia en el cargo que el artículo 23.2 de la CE les garantiza porque subordina su ejercicio a requisitos que son contrarios a otros derechos fundamentales que la propia Constitución les otorga y, en concreto, a la igualdad ante la Ley (artículo 14) y a la libertad de asociación.

La primera de ellas se produce, según se argumenta, por la diferencia de trato que el indicado precepto introduce entre quienes fueron elegidos a propuesta de agrupaciones de electores y quienes lo fueron en candidaturas representadas por partidos, federaciones o coaliciones de partidos o, aun dentro de éstas, según que se mencionara o no la condición de independiente. La desigualdad vetada por la Constitución sólo puede ser apreciada, sin embargo, si las diferencias entre los supuestos de hecho a que se anudan consecuencias jurídicas distintas resulta de factores que, como los mencionados en el artículo 14 de la CE, no pueden ser tomados en cuenta por el legislador o, si aun siendo constitucionalmente legítima la distinción entre los supuestos, resultan irrazonables o arbitrarias las consecuencias que de ellas extrae el legislador. En la comparación que los recurrentes intentan, la toma en consideración por el legislador de la distinción existente entre los supuestos de hecho es constitucionalmente posible y las consecuencias jurídicas que de ella deriva no arbitrarias y, por tanto, constitucionalmente aceptables, si no mediaran las razones a que antes hacíamos referencia.

La contradicción entre el precepto que comentamos y la libertad de asociación que consagra el artículo 22 de la CE vendría dada por la vinculación establecida entre el mantenimiento de las funciones representativas y la permanencia en una determinada asociación. La violación de la libertad de asociación la argumentan los recurrentes sobre todo por referencia al acto mismo de su expulsión del partido, en razón con el cual y por razones ya antes expuestas no debe ser aquí examinada. Si procede hacerlo, por el contrario, en relación con el acto impugnado de la Junta Electoral de la Zona y la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, pues es evidente que ambos serían lesivos también por esta razón si lo fuese por ella la norma legal que aplican. Esta, sin embargo, en nada afecta a la libertad de asociación de los recurrentes, pues tal libertad no abarca el derecho a pertenecer a cualquier asociación que se desee sin someterse a las reglas estatutarias por ésta fijadas.

Cosa bien distinta es, por las razones ya antes expuestas, la conexión entre la expulsión del partido y pérdida del cargo público, pues la ilegitimidad constitucional de esta conexión, en la que para nada entra en juego la libertad de asociación de los representantes elegidos, deriva de la eficacia que se otorga a las decisiones de una asociación para romper el vínculo existente entre representantes y representados sin que aquéllas hayan alterado voluntariamente los términos en que realizaron su oferta electoral.

Como conclusión de este punto hay que señalar, por tanto, que el precepto del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, viola, en la persona de los recurrentes, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes libremente elegidos (artículo 23.1 CE) y el de los representantes mismos a mantenerse en sus funciones (artículo 23.2) cuando, por haber sido expulsados de él, dejen de pertenecer al partido que los propuso como candidatos.

Quinto.—La conclusión a la que llegamos conduce directamente al otorgamiento del amparo que de nosotros se solicita, pues la aplicación del precepto contrario a los derechos constitucionalmente garantizados vulnera los que, como ciudadanos, tienen aquellas personas a las que tal precepto se aplicó. El recurso de amparo no tiene como finalidad única, sin embargo, el reconocimiento del derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado (artículo 55.1.b) LOTC), sino también la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos (artículo 55.1.a) LOTC) y el restablecimiento de los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Si bien la primera de estas finalidades no suscita en el presente caso dificultades especiales, no sucede lo mismo con las dos restantes, cuya realización está rodeada de complejidades que vienen, por un lado, del hecho de que la lesión de los derechos fundamentales, aunque tiene su origen inmediato en un acto de la administración electoral, procede, mediatamente, de una norma de Ley preconstitucional, y del otro de la consideración de que la violación producida ha dado lugar a una alteración de la composición de la Corporación municipal, cuyo funcionamiento no se ha interrumpido.

El primero de los problemas señalado podría llevar, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo 55 de la LOTC, a que, una vez otorgado el amparo y anulado el acto por el que se declaró el cese de los recurrentes y se nombró a quienes habían de sustituirles, este Tribunal plantease ante sí mismo la cuestión, para que a través de un nuevo pro-

ceso se declarase, en su caso, la inconstitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley 39/1978. Aunque el citado artículo 55.2 de la LOTC no hace distinción alguna, no puede ser pasada por alto, si embargo, la diferencia que, según doctrina de este Tribunal, media entre las Leyes preconstitucionales y las posteriores a la Constitución, pues en tanto que la invalidez de estas últimas sólo puede ser declarada por este Tribunal, tienen todos los órganos judiciales la facultad de entender derogadas, y en consecuencia inaplicar, las anteriores a la Constitución que consideren incompatibles con ésta, sin perjuicio de que, si lo estiman oportuno, puedan también plantear respecto de ellas la cuestión de inconstitucionalidad. Esta diferencia, que también opera cuando el órgano decisor es este propio Tribunal Constitucional, hace innecesario acudir al referido procedimiento previsto en el artículo 55.2 de la LOTC citado y limitar en este punto nuestro fallo a la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid, por el que se declaraba el cese en sus cargos de los Concejales hoy recurrentes y se proclamaban sus sustitutos.

Más arduo es el problema que, en relación con el restablecimiento de los recurrentes en la integridad de sus derechos, se plantea como consecuencia de las consideraciones antes apuntadas. De una parte, en efecto, y como ya dijimos, los recurrentes han actuado un derecho propio, en el que va implícito el de todos los vecinos de Madrid como representados, lo que ha de ser tenido en cuenta a la hora de proveer sobre el restablecimiento; de la otra, la proclamación de los sustitutos, aunque nula, no hace ineficaces los actos que éstos cumplieran en el ejercicio de sus funciones públicas, de tal modo que la invalidez del acto mediante el que fueron investidos de la condición de Concejales no entraña también la ineficacia de los actos que como tales realizaron. Es nuestra sentencia, en efecto, la que mediante la remoción de los indebidamente nombrados pone término a sus funciones que deben ser reasumidas por quienes se vieron desplazados de ellas.

A diferencia del recurso resuelto por nuestra sentencia del pasado día 4 de febrero (recurso de amparo número 374/81), en el presente caso, además, el acto lesivo no procede de la Corporación municipal, sino de la Junta Electoral de Zona de Madrid. Tanto la propia Junta como la Audiencia Territorial de Madrid al admitir el recurso, que después desestimó, asimilaron jurídicamente tal acto al de proclamación de concejales y entraron, por tanto, a examinar la concurrencia de las condiciones que la Ley exige para considerarlos electos. Podría sostenerse que, siendo ello así, las vacantes en la Corporación municipal de Madrid son resultado de nuestra sentencia y deben ser cubiertas de acuerdo con las normas que para la provisión de vacantes de cargos representativos contiene nuestro ordenamiento. Tanto en el caso de las elecciones legislativas (artículo 20 in fine del Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo) como en el de las elecciones locales (Ley 39/1978, DF 4.ª) el legislador ha dispuesto que en las elecciones celebradas por el sistema de lista, las vacantes producidas después de investidos de sus funciones los elegidos, sean cubiertas por quienes les siguen en las respectivas listas, pero ello sólo, y esto es decisivo, mientras la vacante se produzca dentro de un lapso de tiempo limitado (dos años en el caso de las elecciones al Congreso de los Diputados; tres años en el de las elecciones locales) posterior a la elección. Transcurrido éste, no hay procedimiento legal para llenar las vacantes producidas y éstas deben permanecer sin cubrir hasta la celebración de nuevas elecciones. La aplicación de esta norma, dado el tiempo transcurrido desde las elecciones en las que resultaron elegidos los recurrentes, llevaría a la imposibilidad de cubrir las vacantes originadas y en consecuencia, la de restablecerlos en sus derechos. Esta conclusión, en cierto sentido paradójica, evidencia la necesidad de tener en cuenta el hecho de que si bien las vacantes se producen sólo efectivamente a partir de nuestra sentencia su origen se encuentra en un acto inválido, aunque haya producido efectos jurídicos que no cabe ignorar.

Forzoso es, pues, declarar el derecho de los recurrentes a ser restablecidos en sus puestos. La ejecución de este acuerdo corresponde a la Junta Electoral de Zona de Madrid y a la propia Corporación municipal.

#### FALLO

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Primero.—Declarar la nulidad del acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Madrid por el que se tuvo por cesados en su cargo de Concejales a los recurrentes y se proclamó a sus sustitutos, con los efectos que se determinan en el último fundamento de esta sentencia.

Segundo.—Declarar el derecho de los recurrentes como representantes libremente elegidos por los vecinos de Madrid a ser repostados en el cargo de Concejales que desempeñaban al ser expulsados del partido del que formaban parte en el momento de su elección.

Tercero.—Ordenar a la Junta Electoral de Zona y al Ayuntamiento de Madrid que adopten las medidas necesarias para el restablecimiento de los recurrentes en la plenitud de sus funciones.

Cuarto.—Desestimar el recurso en el resto de sus pretensiones.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 21 de febrero de 1983.—Manuel García-Pelayo y Alonso.—Jerónimo Arozamena Sierra.—Ángel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Francisco Rubio Llorente.—Gloria Begué Cantón.—Luis Díaz Picazo.—Francisco Tomás y Valiente.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Ángel Escudero del Corral.—Antonio Truyol Serra.—Francisco Pera Verdaguer.—Rubricados.

*Voto particular que formulan los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo y don Luis Díez Picazo a la sentencia dictada en el recurso de amparo número 144/82, de fecha 21 de los corrientes.*

Nos vemos obligados a disentir de la opinión mayoritaria del Tribunal en esta sentencia y formulamos voto particular al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tanto respecto a la decisión como a su fundamentación. Aunque las objeciones básicas a esta decisión ya fueron expuestas por algunos de nosotros frente a la sentencia de 4 de febrero del presente año (RA número 374/81) que resolvió un recurso prácticamente idéntico, las matizaciones que figuran en la presente sentencia justifican, en nuestra opinión, la reiteración del voto particular basado en los siguientes argumentos:

1. Nos encontramos ante un recurso de amparo donde lo que debe examinarse no es la constitucionalidad en abstracto del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, sino si su aplicación al recurrente vulneró o no un derecho fundamental suyo susceptible de amparo. Sólo si se aprecia esa vulneración procederá declarar derogado en parte dentro de este recurso dicho precepto de la Ley de Elecciones Locales, por ser contrario a la Constitución y anterior a ella, pues tal declaración sería una consecuencia obligada del amparo concedido.

2. La opinión mayoritaria se centra en este caso en la presunta violación del artículo 23.1 de la Constitución, según el cual «los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Dejando aparte un conjunto de problemas que plantea este precepto y que son ajenos a la cuestión aquí propuesta, la opinión mayoritaria entiende que existe una vulneración de los derechos de los representados (los ciudadanos) que supone también una vulneración del derecho de los representantes (los Concejales) los cuales son los recurrentes en amparo, en cuanto al ordenar el cese de éstos por causa de la expulsión del partido en cuyas listas concurren a las elecciones y al ser dicha causa ajena a la voluntad de aquéllos, rompe la «unidad de voluntad» que constituye, siempre según la opinión mayoritaria, la esencia de toda representación. Dicho sea con todos los respetos, esta afirmación no nos parece convincente.

De todos son conocidas las dificultades doctrinales que ofrece el concepto de representación política y no es este el lugar de discutirla; pero algunos puntos pueden afirmarse sobre ella que son a nuestro juicio relevantes para el presente recurso.

La representación política en su aplicación moderna deriva de la Revolución Francesa y alcanza su primera plasmación constitucional en la Constitución del vecino país de 1791 y se aplica en primer término a la Nación entendida como un todo.

Los representantes lo son de la Nación, no de ciudadanos determinados, o de clases o estamentos o de las circunscripciones que los elige o de sus mismos votantes. Que de la Nación se pase en Constituciones más recientes al «pueblo» como titular de la soberanía tiene, por supuesto, su significación, pero para lo que aquí interesa la situación es la misma. Con arreglo a la idea tradicional de la democracia representativa, todos los representantes lo son conjuntamente de todo el pueblo, también considerado en su conjunto. Nuestra Constitución ratifica aún más enérgicamente esta idea al referirse no a los «diputados» como ocurre en otras Constituciones, sino a las Cortes Generales como representantes del pueblo español (artículo 66.1) y al decir que las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios (artículo 67.3). De todo ello se infiere, a nuestro entender, que en el ámbito de la representación nacional no se trata de que todos y cada uno de los representantes lo sean de todos y cada uno de los ciudadanos, sino que como se ha dicho es el conjunto de representantes reunidos en las Cámaras reglamentariamente convocadas lo que representa al conjunto de los ciudadanos.

3. Sería discutible en qué medida esa concepción de la representación es totalmente aplicable a otras entidades y concretamente a los municipios; pero aun aceptando esa trasposición, nos encontraríamos con las mismas consecuencias. Cada Concejales no representa a todos y cada uno de los vecinos, sino que es el conjunto de Concejales el que representa al conjunto de los vecinos. Ahora bien y en el caso que aquí interesa, de ello se deduce que a efectos de un recurso de amparo, un Concejales (o varios Concejales) no pueden ostentar la representación de los vecinos no sólo por las razones expuestas, sino

además porque el recurso de amparo bien directamente o por representación no puede ser interpuesto más que por personas físicas o jurídicas, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (artículo 162.1.b) de la Constitución) y los representados, que serían en este caso el conjunto de vecinos (o pueblo de Madrid), no forman una persona jurídica, y los Concejales, como tantas veces se ha dicho, no representan a todas y cada una de las personas físicas que lo integran. Por ello entendemos de nuevo, como ya dijimos en el voto particular, en la sentencia de 4 de febrero (RA número 374/1981) antes citado, que el artículo 23.1 de la Constitución Española consagra el derecho de participación de los ciudadanos, que a ellos corresponden acciones en amparo «uti singuli» cuando la consideran violada, lo que puede ocurrir por ejemplo, y para limitarse al plano de la estricta participación política, si a algunos o algunas se les negase el derecho de voto indebidamente. No corresponde, en cambio, a los representantes como tales, salvo que naturalmente se les vulnera un derecho propio (denegación indebida del voto en la elección de Alcaldes, por ejemplo, en el sistema actualmente vigente artículo 28 de la Ley de Elecciones Locales).

4. Otra observación que siempre relaciona el artículo 23.1 de la Constitución Española hemos de hacer respecto a la sentencia de que disintimos, se refiere a sus consideraciones sobre el papel que juegan los partidos políticos en la democracia actual. Según la opinión mayoritaria, todos los poderes públicos proceden mediata o inmediatamente de la voluntad popular, opinión en que naturalmente estamos de acuerdo, de conformidad con el artículo 1.2 de la Constitución Española. La procedencia «mediata» ha de referirse, aparte de supuestos irrelevantes para el presente caso, a los poderes públicos establecidos por la Ley como expresión precisamente de la voluntad popular frente a los casos en que la procedencia es «inmediata», es decir, derivada de la voluntad de los ciudadanos manifestada directamente por medio del voto. Téngase en cuenta que entre los poderes públicos derivados «mediatamente» a través de la Ley se encuentra nada menos que el Poder Judicial, el único de los poderes tradicionales calificado expresamente como tal por la Constitución (título VI). Pues bien, la tesis de la sentencia consiste en que un poder público derivado como tal de la voluntad popular, como es el que ostentan los Concejales, no puede quedar mediatizado otorgando a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público la facultad de determinar por sí misma el cese de aquellos Concejales. Limitándonos al punto esencial del razonamiento, es claro que esa instancia son los partidos políticos. Estamos de acuerdo, por supuesto, en que éstos no son poderes públicos. Son, sin embargo, un tipo particular de asociaciones, como ya ha declarado este Tribunal (sentencia de 2 de febrero de 1981, RA número 98/1980), que tiene relevancia constitucional porque así lo declara expresamente el artículo 6.º de la norma fundamental. Sin entrar

en la discutida posición que los partidos políticos tienen en la democracia actual, parece claro, en todo caso, que aun no siendo poderes públicos, tampoco pueden calificarse de simples organizaciones privadas, y se sitúan en la zona gris entre lo público y lo privado, distinción esta última que no puede formularse en nuestros días de forma tajante. Quizá la forma menos polémica de calificar en lo que aquí interesa esa particular posición consiste en considerarlas como asociaciones que no siendo poderes públicos ejercen, sin embargo, funciones públicas, y ello no en virtud de una situación de hecho, sino porque expresamente lo dice el citado artículo 6.º de la Constitución al afirmar entre otras cosas que son «instrumento fundamental para la participación política». Pero la forma en que se ejerce esa intervención «fundamental» (es decir, que sirve de fundamento o es lo principal de ella, según el «Diccionario de la Real Academia») está determinado por la Ley, en este caso precisamente la Ley de Elecciones Locales, por lo que, siguiendo el hilo del argumento de la sentencia, las «funciones» públicas asignadas a los partidos por la Constitución derivan «mediatamente», a través de la Ley, de la voluntad popular. Desde este punto nos parece, por tanto, difícil tachar de inconstitucional el artículo 11.7 de la Ley de Elecciones Locales en lo relativo al cese por expulsión del partido de los Concejales y que es a lo que se circunscribe exclusivamente la sentencia y dejando a un lado el juicio que desde otras perspectivas pueda merecer. En todo caso entendemos que no puede ignorarse, ateniéndose incluso al puro texto constitucional, para no hablar de la realidad política de las democracias actuales, el papel «fundamental» que tienen los partidos políticos para su funcionamiento y aún más si cabe para su consolidación, por lo que hemos querido hacer especial hincapié en ello.

5. En cuanto a la supuesta violación del artículo 23.2 de la Constitución Española, según el cual los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes», nos remitimos a lo dicho en el citado voto particular a la sentencia del 4 de febrero de este año (RA número 374/1981).

6. Nuestra conclusión es, en sustancia, la misma que se expresó en aquel voto particular, y es que en el presente caso no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de los recurrentes y que procedía la desestimación de su recurso de amparo, sin ningún pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 11.7 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones Locales, en lo relativo, como se hace exclusivamente en la sentencia, a los casos de expulsión de partido político en cuya lista fueron elegidos los Concejales recurrentes en amparo.

Madrid, 25 de febrero de 1983.—Firmado: Angel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Luis Díez Picazo.—Rubricados.

2596 Sala Segunda Recurso de amparo número 373/1982. Sentencia número 11/1983, de 21 de febrero.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente, y don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez Picazo, don Francisco Tomás y Valiente, don Antonio Truyol Serra y don Francisco Pera Verdager, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo seguido bajo el número 373/82, promovido por don George Gregory Korkala, representado por el Procurador don Juan Luis Pérez-Mulet y Suárez y defendido por el Abogado don Juan Mollá López, contra auto dictado por la Sección Segunda de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 23 de septiembre de 1982, en procedimiento de extradición número 26/82, en el que ha comparecido el Ministerio Fiscal en la defensa que le encomienda la Ley, siendo ponente el Magistrado de esta Sala, don Francisco Pera Verdager, quien expresa el parecer de la misma.

#### I. ANTECEDENTES

Primero.—El día 1 de octubre de 1982 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo a nombre de don George Gregory Korkala, en la que se exponían los siguientes hechos:

El 25 de febrero de 1982 la Embajada de los Estados Unidos de América solicitó, mediante nota verbal, la detención del súbdito de aquel país George Gregory Korkala, quien fue detenido ese mismo día, en que solicitaba asilo político en España. La Embajada anunció requerimiento de extradición basado en cuatro cargos delictivos: Exportar armas, conspiración, comerciar con armas de fuego y falsificación de pasaportes.

La demanda de extradición se presentó el 13 de abril siguiente, y la misma —expone el recurrente— no se refería a esos cuatro cargos, sino a una sentencia dictada «in absentia» contra

George G. Korkala, en 8 de junio de 1981, por 11 cargos, por los que fue condenado, por el Juez Thomas B. Calligan, del Tribunal Supremo de Nueva York, a cincuenta y tres años de prisión. Los hechos que declara probados son, en síntesis: Unos Agentes de Policía del Estado de Nueva York (a veces también llamados en la sentencia «detectives secretos»), simulando representar a un grupo de guerrilleros suramericanos, fingieron comprar armas. A tal fin, tuvieron diversas reuniones y conversaciones con varias personas; entre ellas, Frank Terpil, conocido Agente de la CIA; un individuo no acusado, al que la sentencia da el nombre figurado de «John Doe número 1»; otro individuo, tampoco acusado en el proceso, al que la sentencia llama «John Doe número 2», y George G. Korkala. Las principales negociaciones las realizó el Agente de la CIA Frank Terpil con los dos detectives secretos de la Policía de Nueva York. Pero los actos más importantes del hecho tuvieron lugar en Londres entre los dos Policías de Nueva York, como compradores, y los dos individuos no acusados llamados «John Doe número 1» y «John Doe número 2», como vendedores: Muestra de las armas y entrega formal de «un talón parcialmente endosado», por 56.000 dólares. En una de las reuniones celebradas en Nueva York entre los Policías presuntos compradores y el Agente de la CIA Frank Terpil y su colaborador Korkala, éstos dos últimos fueron detenidos el 22 de diciembre de 1979 y puestos en libertad el 7 de enero de 1980. Por estos hechos se consideró a Frank Terpil y a George G. Korkala (no hubo acusación ni, por tanto, condena contra todos los demás partícipes) autores de los siguientes delitos: 1.º Conspiración grave. 2.º Fabricación, transporte, enajenación y desfiguración de armas, por vender 10.000 metralletas el 22 de diciembre de 1979 (venta que no se realizó). 3.º Fabricación, transporte, enajenación y desfiguración de armas, instrumentos e ingenios peligrosos, por venta de una pistola semiautomática. 4.º Idem, idem por venta a los detectives de una pistola semiautomática. 5.º Posesión criminal de un arma, por la posesión de dicha pistola semiautomática. 7.º Fabricación, transporte y enajenación de armas, por vender a los detectives un rifle cuyo cañón había sido sustituido por un silenciador. 8.º Posesión criminal de armas, por poseer el silenciador de la pistola automática «Ruger» 022, vendida a los Policías. 9.º Posesión criminal de armas, por poseer una muestra