

UNA DEFINICIÓN DE TRANSFUGUISMO EN MÉXICO Y EN ESPAÑA*

Pablo SANTOLAYA**

SUMARIO: I. *El transfuguismo como “falso amigo”*. II. *Una respuesta canónica*. III. *Una respuesta convencional... del siglo XXI*. IV. *Solo los cargos públicos representativos pueden ser tránsfugas*. V. *El objetivo: otorgar el poder. Parlamentarismo vs. presidencialismo... una vez más*. VI. *Los motivos (normalmente inconfesables) del transfuguismo*. VII. *La dificultad de encontrar soluciones eficaces y constitucionalmente adecuadas*.

I. EL TRANSFUGUISMO COMO “FALSO AMIGO”

El punto de partida de este trabajo, y al mismo tiempo su dificultad intrínseca, es que el concepto transfuguismo al que nos vamos a referir es equívoco predicado como objeto de derecho comparado; empleamos en México y en España la misma palabra para definir fenómenos sociales y políticos diferentes, que pueden, a su vez, requerir respuestas jurídicas no similares.

Estamos ante lo que los franceses denominan un “falso amigo”, expresión con la que se refieren a la utilización de la misma palabra con dos sentidos muy distintos de manera que origina confusión. Cuando un presidente portugués que visitaba España señaló que “estaba embarazado”

* El presente trabajo en homenaje al doctor Jorge Carpizo pretende reflejar un problema presente en los ordenamientos jurídicos mexicano y español, si bien con importantes elementos diferenciales tanto en su planteamiento como en su solución. En su primera versión fue una conferencia pronunciada en una Jornada sobre los Problemas actuales del transfuguismo electoral, en la Universidad Autónoma de Coahuila en octubre de 2010. Una versión posterior se elaboró para una posible publicación de los textos con la coordinación de Luis Efrén Ríos, que nunca ha llegado a realizarse. Con ocasión de este homenaje, he retomado y actualizado los trabajos señalados elaborando esta nueva versión de un problema que quiero creer, sería del interés del doctor Carpizo.

** Vocal de la Junta Electoral Central. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá. pablo.santolaya@uah.es.

provocó una mezcla de estupor y jolgorio, porque en portugués, pero evidentemente no entre nosotros, “embarazado” significa “avergonzado”.

Algo similar ocurre con la utilización común del término “transfuguismo”. No significa lo mismo. No describe la misma realidad y por tanto genera un evidente riesgo de confusión en su diagnóstico y tratamiento.

De manera que, para iniciar nuestro diálogo, debemos hacernos una serie de preguntas ¿De qué hablamos cuando hablamos de transfuguismo? ¿Podemos encontrar soluciones comunes entre dos ordenamientos que utilizan el mismo *nomen iuris* para dos fenómenos diversos? O incluso ¿Es provechosa una investigación comparada en este punto?

II. UNA RESPUESTA CANÓNICA

Para intentar contestar a esta, ahora sí, embarazosa serie de preguntas, creo que un buen punto de partida es la utilización de nuestro máspreciado patrimonio común, nuestra lengua. Veamos qué dice al respecto el Diccionario de las Reales Academias para definir este término.

Y la respuesta es sorprendente; la primera acepción de “tránsfuga” es considerar que se trata de una “Persona que pasa de una ideológica o colectividad a otra”. Ahora bien, es evidente que en esa definición no hay valoración negativa o peyorativa alguna.

Incluso, avanzando un paso más, resultaría que esa definición estaría simplemente describiendo uno de los derechos esenciales del Estado democrático reconocido internacionalmente en los tratados internacionales de derechos humanos. No podemos concebir nuestra libertad ideológica como algo que se ejerce una única vez, sino que tiene que ser de un uso constante, y, por supuesto incluye el poder cambiar de opinión, alterar nuestra opción ideológica, y ello con independencia del hecho de que los partidos políticos parecen darnos fundados motivos para hacerlo.

Ni siquiera podemos concebir un sistema democrático en la que los ciudadanos tuviéramos limitado o prohibido pasar de una ideología a otra. Precisamente por ello celebramos elecciones periódicamente y consideramos esencial la alternancia en el poder, que no es sino la organización del cambio de opinión, si se quiere la posibilidad del transfuguismo ciudadano cada determinado periodo de tiempo y ejercido en condiciones de libertad e igualdad para la competición de las ideas que invitan a los ciudadanos a hacerlo.

Si nos quedamos en este punto no podríamos reunirnos a hablar de los problemas del transfuguismo, ni desde luego adoptar medida alguna para evitarlo.

No se trataría, tan solo de constatar que los cambios de opinión pueden ser lícitos, de que hay, en efecto, luces y sombras en ese fenómeno que parece moverse entre lo sublime y lo maldito,¹ sino que habría que dar un paso más y señalar que el Estado democrático se caracteriza, sobre todo, por organizar periódicamente el ejercicio libre y justo del transfuguismo —el cambio de ideas políticas de los ciudadanos— para garantizar la alternancia política.

Es evidente que debemos seguir avanzando, pero también debe serlo que ese elemento de tensión que significa estar afectando al elemento esencial, al núcleo mismo de nuestro sistema democrático, debe estar siempre presente a la hora de definir peyorativamente un cambio ideológico como transfuguismo y, desde luego, al crear instrumentos jurídicos que pretendan evitarlo o, al menos, limitarlo.

III. UNA RESPUESTA CONVENCIONAL... DEL SIGLO XXI

Pero debemos continuar la búsqueda de un significado del término más acorde a nuestra realidad social, y para ello les propongo una vía, probablemente atípica para una artículo académico, pero ampliamente usada por nuestros alumnos en la Universidad. Hagamos como ellos y veamos cómo lo define la más famosa enciclopedia de la web... acudamos a Wikipedia

Y allí aprendemos que se trata de un término utilizado para describir a un político que, tras haber sido elegido por los votantes en una lista de un partido político, cambia de partido a fin de poder dar el poder a un partido de la oposición, y añade que a pesar de que normalmente tiene lugar por motivos ilegales, inconfesables y socialmente inaceptables más que por motivos ideológicos, sin embargo es muy difícil impedir desde el punto de vista legal.

Definición en mi opinión sorprendentemente lúcida² de la que podemos destacar varios elementos que nos ayuden a nuestra reflexión.

¹ Vanaclocha, Francisco, “Entre los sublime y lo maldito: luces y sombras del transfuguismo político”, en Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, *Transfuguismo político: Escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas, 2009.

² Que desgraciadamente ha sido modificada por otra a mi entender mucho menos sugerente y precisa en el momento en que escribo el texto final de este artículo.

IV. SOLO LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS PUEDEN SER TRÁNSFUGAS

El primero de los elementos que es preciso recalcar, y que resulta sumamente tranquilizador, es que los ciudadanos no somos en ningún caso tráfugas. Nuestros cambios de opinión no merecen censura alguna ni tienen que ser, en absoluto, debidos a motivos inconfesables, lo que, sin duda, es todo un alivio a la hora de votar con libertad.

Por lo tanto, la condición existencial para ser tráfuga es ser, en primer lugar, político, no en el sentido amplio en el que todos intervenimos en los asuntos públicos con nuestra opinión o nuestro voto, sino, como afirma el diccionario de la RAE, en cuanto regimos o aspiramos a regir los asuntos públicos, es decir como cargos públicos.

Pero tampoco el término puede ser empleado para designar cualquier cargo público. Un ministro que cambia de opinión política y actúa contra su presidente será justamente cesado, pero no podrá ser calificado de tráfuga en la medida en que, insisto, razonablemente, no podrá continuar ejerciendo su cargo.

Tenemos en consecuencia que dar un paso más, para afirmar que solo puede haber transfuguismo donde exista un cargo público representativo,³ condición que solo es posible predicar de aquellos que han sido elegidos, y en consecuencia legitimados, por los propios ciudadanos. Todo tráfuga ha de contar con un mandato popular de actuación, que es su fuente de legitimación.

Pero ese mandato es, desde que los revolucionarios franceses rompieron los “cuadernos de instrucciones” que habían recibido de sus electores, al considerarse, cada uno de ellos, representantes del conjunto del pueblo, un mandato representativo. A partir de ese momento se estableció un vínculo entre electores y cargos públicos, que afecta al núcleo mismo de la representación, de manera que ninguna voluntad diferente a la de los propios representantes o a la de los representados, expresada a través de los mecanismos electorales, pueda romper esa relación de representación.

Jurídicamente esa idea se plasma en la prohibición del mandato imperativo, presente con rotundidad en el artículo 67.2 de la Constitución

³ Utilizo el término en el sentido que expone el trabajo ya clásico de Javier García Roca, *Cargos públicos representativos*, Pamplona, Aranzadi, 1999. Véase también del mismo autor “La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, pp. 51 y ss.

Española: “Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”, pero también en la configuración constitucional del derecho fundamental de participación “directamente o por medio de representantes libremente elegidos” del artículo 23.1 y en la afirmación que abre el Título III de la Constitución, en el que se regula las Cortes Generales, de que éstas “representan al pueblo español”

Prohibición que, hay que entender, en los modernos Estados democráticos en los que los partidos políticos son definidos como “instrumento fundamental para la participación política” al modo del artículo 6o. de la Constitución Española, en realidad está dirigida, a proteger a los representantes del pueblo español frente a las propias formaciones políticas en cuyas listas han sido elegidos.

Defender lo contrario, significa no solo hacer renacer el sufragio imperativo, ahora a favor de los partidos, sino también otorgar a sus ejecutivas una capacidad de mediación desmesurada en relación con los electores.⁴ Jurídicamente el pueblo vota candidatos, no partidos, y una vez nombrados no pueden ser revocados por los partidos, porque son los electores los que les han convertido en cargos públicos representativos.

Precisamente por ello los conflictos jurídicos en esta materia surgieron en España, con relación a la pérdida del cargo público representativo como consecuencia del abandono o la expulsión del partido político en cuyas listas había sido elegido, posibilidad prevista en la Ley de elecciones locales preconstitucional, aprobada en 1978.

Pues bien, la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero establece que el derecho a participar en los asuntos públicos corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, por lo que la permanencia en el cargo no puede depender de una voluntad ajena a la de los propios ciudadanos, lo que lleva al Tribunal no solo a otorgar el amparo en el caso concreto, sino a declarar la derogación del artículo 11.7 de la ley en virtud del artículo 23 de la Constitución.

Se sientan con ella las bases doctrinales del tratamiento del tema en la Constitución Española, o si se quiere expresar de esa forma, de la consolidación constitucional del derecho al transfuguismo en nuestro país. Es cierto, sin embargo, que se hace, como señala el voto particular que subscriben los magistrados Ángel Latorre y Luis Díaz Picazo, zanjando

⁴ Véase, sobre este planteamiento, García Roca, Javier, “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en Santolaya, Pablo y Corona, Jesús (dir.), *Transfuguismo político...*, cit., pp. 39 y ss. Véase también la monografía de Tomás Maillén, Beatriz, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

“de forma un tanto expeditiva problemas muy delicados relativos a la representación política en las democracias actuales”

Apenas unos días más tarde, el 21 de febrero del mismo año, el Tribunal tiene la ocasión de volverse a enfrentar al tema en la STC 19/1983, en esta ocasión en una ponencia redactada por el magistrado Rubio Llorente, en la que se establece que (F.J. 4º):

Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa... el precepto infringe... de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de 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... su permanencia en el cargo no (puede quedar) subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular.

Doctrina que se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵ quizá no tanto por considerar que se trata de la mejor posible, en cuanto que hasta sus más sólidos defensores son conscientes de algunas de sus indeseadas consecuencias,⁶ sino sobre todo porque, como señaló Rubio Llorente en un lúcido artículo publicado unos años después en el diario *El País*, comentando un fenómeno de transfuguismo que había escandalizado a la opinión pública española, la alternativa, es decir el reconocimiento del mandato imperativo con relación a los partidos políticos es aún peor.⁷

⁵ Véase, por ejemplo, las SSTC 169/2009, del 9 de julio y 298/2006, de 23 de octubre. Un estudio doctrinal de la jurisprudencia en Encarna Carmona Cuenca. “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 546 y ss.

⁶ Las críticas comenzaron, una vez más, por el voto particular a la mencionada sentencia, en el que, en esta ocasión tres magistrados razonan sobre la importancia de los partidos políticos en las democracias actuales como instrumentos fundamentales para la participación política, en términos del artículo 6o. de la Constitución Española, que hubiera debido llevar, en su opinión a no declarar inconstitucional el precepto de la ley de elecciones locales que preveía la pérdida del mandato representativo local como consecuencia de la expulsión del partido. Véase, entre la doctrina, Blanco, Roberto, *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, y Bastida, Francisco, “Derechos de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 1987, pp. 209 y ss.

⁷ Rubio Llorente, Francisco, “Los transfugas no son tan malos”, *El País*, 6 de octubre de 1993, http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/PARTIDO_POPULAR/_P/P/PARTIDO_SOCIALISTA_OBRERO_ESPANAOL_/PSOE/transfugas/malos/elpepiopi/19931006elpepiopi_11/Tes.

Y éste es también el punto de vista adecuado para abordar el análisis del fenómeno del transfuguismo, el que sin ser en absoluto deseable, se trata, sin embargo, de un mal menor, inevitable en la concepción de la democracia representativa, y ello no solo por un problema teórico de incompatibilidad entre remoción libre y mandato representativo, sino, sobre todo, porque no parecen existir experiencias lo suficientemente positivas y lo suficientemente significativas de otras formas más adecuadas de entender el mandato parlamentario.⁸

En efecto, un estudio de derecho comparado muestra que, entre los países democráticamente homologados solo Portugal, si bien de forma parcial como veremos, y Brasil a través de la interpretación pretoriana, afirman el mandato imperativo.

Así el artículo 160.1.c. de la Constitución portuguesa establece como una de las causas de la pérdida del mandato de los diputados... afiliarse a un partido político diferente a aquel por el que se presentó a las elecciones, aunque en el supuesto de expulsión de un partido podrá continuar en la Cámara como diputado independiente. A pesar del carácter parcial de esta limitación parece haber resultado eficaz para limitar muy considerablemente el alcance del transfuguismo en el país luso.⁹

De mayor interés resulta la experiencia brasileña, un país particularmente afectado por el transfuguismo, en el que se calcula que aproximadamente el 30% de los diputados cambiaban de partido durante su mandato parlamentario.¹⁰ Probablemente esta extensión del problema haya sido decisiva a la hora de que su Supremo Tribunal Federal, en sentencia de 4 de octubre de 2007, adoptara lo que parece ser una decisión sin parangón en derecho comparado, argumentando que existe un doble vínculo en el mandato político, el que se genera entre el partido y el electo y el existente entre los ciudadanos y los representantes, y que el transfuguismo genera la ruptura de ambos en un sistema proporcional, de manera que los partidos tienen derecho a conservar el número de escaños asignados por los electores, excepto en algunos supuestos, como por ejemplo un cambio sustantivo en la orientación programática del partido. Unos días más tarde, el 16 de octubre de 2007, el Tribunal Supremo Electoral extendió el mismo criterio a los cargos mayoritarios, y el 25 del mismo

⁸ Véase, sobre ese planteamiento, Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, “Estudios introductorio”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 27.

⁹ Alegría Antonio, Magdaleno, “El transfuguismo parlamentario en Portugal”, en *Transfuguismo político...*, cit., pp. 161 y ss.

¹⁰ Véase Delgado Guembes, César, “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en latinoamérica”, *Transfuguismo político...*, cit., especialmente pp. 207 y ss.

mes estableció el procedimiento de pérdida de los mandatos en casos de abandono del partido.¹¹

Dejando al margen esa polémica, lo que parece claro, es que, en cualquier caso, es una exigencia ontológica del concepto de transfuguismo que estamos construyendo, que éste solo puede surgir “tras haber sido elegido por los electores” como atinadamente subraya la definición de Wikipedia. Tránsfuga es un calificativo que solo puede hacer referencia a la ruptura de una relación de representación entre electores y cargos públicos representativos, y en ningún caso dónde ésta no existe.

Dicho de otra manera, un cambio ideológico de un político consistente en concurrir a unas futuras elecciones en un partido político diferente al que tradicionalmente militaba puede merecer el juicio moral que se considere oportuno a las circunstancias del caso, pero no puede ser en absoluto sancionable, salvo que consideremos que los partidos tienen una suerte de derecho de retención sobre sus militantes más cualificados, al modo al parecer habitual en los grandes clubs de fútbol, de manera que una vez que son presentados como candidatos a un cargo público en sus listas no pueden volver a concurrir en ningún otra.

Nuestro sistema representativo, nuestro derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y nuestra libertad ideológica impiden compartir esa conclusión. Por el contrario cada proceso electoral, decíamos antes, es, en realidad, la organización institucionalizada del cambio ideológico de los ciudadanos. Si esta es la condición esencial de nuestro sistema democrático no acierto a entender qué tipo de razones nos pueden llevar a negar el mismo derecho a los candidatos.

Creo, en consecuencia, que en forma alguna podemos denominar tránsfuga a quien es elegido sucesivamente en listas de diferentes partidos. Su acción, si merece algún reproche, ha sido sustancialmente sanada por los propios electores que le vuelven a elegir ahora en otra formación política. El transfuguismo es una traición a los electores, no a los partidos políticos. Con toda rotundidad creo que no es constitucionalmente posible en un sistema basado en la democracia representativa, adoptar medida alguna que impida la concurrencia a un proceso electoral a una persona por haberlo hecho con anterioridad a otro proceso en otra lista.¹²

¹¹ Véase, sobre esta materia, Moreira Mavés, Antonio, “La titularidad de los mandatos parlamentarios en la nueva jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal”, *Revista de la Red de Expertos iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 2, 1er. semestre de 2008, en http://www.senado.gov.ar/web/cecap/temas/REL_PARLAMENTOS_1508.pdf.

¹² Punto de vista que parece haber sido el adoptado por la Suprema Corte Mexicana que su sentencia de 5 de noviembre de 2007 declaró inconstitucional la ley de un

Jurídicamente no existen candidatos tránsfugas, éste es un adjetivo que solo puede ser predicado para quien ha alcanzado el cargo público representativo. Sin elección no hay mandato representativo ni puede haber, en ningún caso, tracción de la representación.

Nuestro común diccionario de la RAE así lo señala de forma terminante al afirmar que se trata de “una persona con un cargo público...” alguien ya legitimado con el mandato popular, no quien aspira a serlo.

Pero si admitimos esta premisa lógica, deberíamos de tener especial cuidado a la hora de utilizar un mismo concepto para definir situaciones radicalmente distintas. Sin embargo, eso es precisamente lo que, al parecer, está sucediendo en la doctrina mexicana, sin que en mi opinión el problema cambie sustancialmente al adjetivarlo el transfuguismo, según los casos, como “político” o “electoral”.¹³ Una vez más debo insistir en los traidores que pueden resultar los “falsos amigos”.

V. EL OBJETIVO: OTORGAR EL PODER. PARLAMENTARISMO VS. PRESIDENCIALISMO... UNA VEZ MÁS

Pero aún no hemos terminado con nuestra definición. Se hace preciso analizar a continuación otro de sus elementos, el referente al objetivo de esta conducta, el hecho de que, al menos de las manifestaciones más trascendentes, se producen “a fin de dar el poder a un partido de la oposición” objetivo que es logrado en ocasiones.

Y es que, sin ninguna duda, el transfuguismo político adquiere auténtica relevancia en la medida en que implique o impida un cambio en el poder en el correspondiente ámbito territorial de gobierno. No tiene en absoluto la misma trascendencia que un parlamentario o un grupo de parlamentarios cambien de bancada a que ese cambio produzca una alternancia no electoral en el gobierno de la nación. No estoy diciendo que si no hay cambio de gobierno no pueda ni siquiera conceptualmente existir el transfuguismo, no es en absoluto así, pero sí recalcando el dato de que el fenómeno adquiere una importancia no solo cuantitativa, sino muy probablemente cualitativa cuando conlleva la alternancia en el gobierno.

Estado que impedía la presentación como candidatos en otras listas de los que hubieran abandonado un partido durante un periodo de dos años.

¹³ Ríos Vega, Luis Efrén, “El transfuguismo electoral. Un debate constitucional en México”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, julio-diciembre de 2009, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/21/ard/ard9.htm>.

Ahora bien que la voluntad del tránsfuga sea susceptible de originar un cambio en el gobierno del municipio, en una presidencia provincial o regional, o en última instancia en la del conjunto del país, es algo que solo es ontológicamente posible en los sistemas parlamentarios, en los que la relación fiduciaria que se crea entre la cámara representativa y el respectivo ejecutivo nace con la investidura, se pone a prueba con la moción de censura o la cuestión de confianza y termina con la disolución. Donde, por el contrario, el ejecutivo tiene su propia fuente de legitimidad en su elección popular directa, el transfuguismo no será susceptible de provocar tan radical efecto.

No estoy además, y quizá convenga aclarar este extremo, hablando de una posibilidad meramente teórica. Por el contrario, son cientos los ayuntamientos y al menos algunos los gobiernos regionales españoles que han sufrido ese dramático cambio como consecuencia de la acción de los tránsfugas.

En efecto, aunque el transfuguismo no ha originado hasta el momento un cambio del gobierno a nivel nacional en España, han sido muchos los Parlamentos de las Comunidades Autónomas afectados. Entre otros sonados casos se puede hacer referencia a la actitud de dos diputados elegidos en las listas del Partido Socialista Obrero Español en la Comunidad de Madrid que, en las elecciones de 2003, impidieron la constitución de un gobierno socialista en la región ausentándose de la sesión en la que el Parlamento debía investirlo, y forzando la disolución de la Cámara, pero también lo ocurrido en el Parlamento gallego en 1987, cuando un grupo de diputados abandonaron el Partido Popular y apoyaron una moción de censura invistiendo un gobierno socialista, o en 1993 en el Parlamento de Aragón, consecuencia del abandono de un solo diputado de la disciplina de su grupo. O inmersos ya plenamente en el realismo mágico, lo sucedido en el Parlamento de Asturias en 1999 cuando el que abandonó el Partido Popular fue el propio presidente de la región, sin que el Parlamento consiguiera aprobar una moción de censura, dado que la oposición socialista lo apoyó como presidente regional “tránsfuga” frente a su propio grupo.¹⁴

Insisto en que no estoy diciendo con ello que debemos reservar el término a su utilización en sistemas parlamentarios; tan solo de que se trata, en cuanto a sus efectos potenciales, de dos realidades muy diferentes cuando se manifiestan en un sistema parlamentario a cuando lo hace en

¹⁴ Para un estudio detallado de todos estos casos véase Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, *Transfuguismo político...*, cit., que contiene un análisis específico de cada uno de los parlamentos regionales.

un sistema presidencial,¹⁵ pero, también considero que esa diferencia nos debe hacer cuestionarnos muy seriamente si podemos traspasar medidas jurídicas antitransfuguismo de un modelo al otro.

VI. LOS MOTIVOS (NORMALMENTE INCONFESABLES) DEL TRANSFUGUISMO

Pero volvamos a nuestra enciclopedia, porque ahora nos invita a interrogarnos por los motivos o móviles de esa conducta cuando constata que “normalmente tiene lugar por motivos ilegales, inconfesables y socialmente inaceptables más que motivos ideológicos”.

En efecto, creo que podemos estar de acuerdo que, tanto en España como en México, la mayor parte de los tránsfugas no son precisamente mártires de su coherencia ideológica y de su libertad de conciencia...

Lo que, sin embargo, no nos evita la necesidad de distinguir entre tránsfugas ya que no toda ruptura de la disciplina de un grupo político merece un reproche ético o social y menos aún una sanción jurídica en términos tan drásticos como la pérdida de la representación.

Y es que, en efecto, como analiza Francisco Vanaclocha,¹⁶ dentro de estos fenómenos caben conductas muy diferentes, desde la actitud de quien mantiene su coherencia abandonando un partido en descomposición a quien vende su escaño al mejor postor en una operación en el mejor de los casos mercantil, cuando no inmersa en el código penal.

Por ello tenemos que ser capaces, con todas las cautelas necesarias, y por el bien de nuestro propio sistema representativo de introducir medidas constitucionalmente adecuadas, plasmadas en reformas legales y acuerdos político, que eviten al menos los fenómenos más patológicos del transfuguismo.

¹⁵ Así lo reconocen los principales autores que han analizado el transfuguismo en los sistemas presidenciales. Véase Ríos, Luis Efrén, “El transfuguismo electoral en el sistema presidencial mexicano”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera época, vol. 1, núm 3. 2009, pp. 75 y ss., en http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Justicia_electoral/justicia_3a_e_n3.pdf.

¹⁶ Véase Vanaclocha, Francisco, *Entre lo sublime y lo maldito*, cit. Véase también sobre la percepción social del fenómeno, Vanaclocha, Francisco y Lozano Rodríguez, Javier, “La percepción del transfugusismo entre los ciudadanos españoles”, en *Transfugismo político...*, cit., pp. 575 y ss.

Con ello lleguemos al último de los aspectos de nuestra definición; la constatación, con sabio realismo, de que estas conductas son muy difíciles de impedir desde el punto de vista legal

VII. LA DIFICULTAD DE ENCONTRAR SOLUCIONES EFICACES Y CONSTITUCIONALMENTE ADECUADAS

1. *Medidas adecuadas pero no eficaces; revocatoria y acuerdos políticos*

Analizaremos en primer lugar dos medidas que no plantean problemas desde el punto de vista de la teoría de la representación pero que no parecen solucionar, al menos en grado suficiente, los problemas apuntados; la revocatoria y los acuerdos entre partidos políticos.

La primera de ellas, es la utilización de mecanismos de revocación o recall por los propios ciudadanos. Dejemos que sean los electores los que castiguen a los tráfugas, creando para ello procedimientos viables que puedan ser utilizados en el periodo existente entre dos convocatorias electorales.

Esta parece ser la vía elegida por muchas de las nuevas Constituciones iberoamericanas, que quizá no merezcan todavía un juicio definitivo en cuanto a su funcionamiento, dado lo reciente de las reformas, pero cuyos resultados parecen apuntar de forma terminante a la inexistencia de experiencias positivas en la materia,¹⁷ salvo que entendamos que el auténtico pronunciamiento por parte de los ciudadanos se produce con ocasión de la celebración de las siguientes elecciones, en cuyo caso, al menos en España, donde por cierto no hay rastro alguno de revocatoria, los electores parecen haber actuado con una extraordinaria coherencia a la hora de no elegir tráfugas bajo otras siglas políticas.

¹⁷ En el seno del Máster de “Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos” organizado en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense, dirigido por el profesor Javier García Roca, se han presentado en los dos últimos años dos trabajos de fin de máster que parecen apuntar en esa dirección, se trata del realizado por Elenín Cruzado Medina sobre “La revocatoria popular del cargo público representativo” (tutor: Javier García Roca) en el curso 2009-2010, y el de Mauro Andino Espinosa, “La revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular en Ecuador: ¿institución constitucional de democracia directa o herramienta desestabilizadora de la democracia representativa?” (tutor: Pablo Santolaya) en el curso 2010-2011. La información sobre las actividades del Instituto de Derecho Parlamentario en <http://www.ucm.es/info/idp/quisomos-objetivos.php>.

La segunda de las alternativas es la vía de los acuerdos entre las fuerzas políticas para no admitir apoyo de los tráfugas, y consecuentemente no premiar de ninguna manera este tipo de conductas. Es evidente que si ese acuerdo existiese y fuera realmente eficaz se lograría un eficaz freno al transfuguismo. También lo es que es irreprochable desde el punto de vista de la prohibición del mandato imperativo, y que puede constituir un no desdeñable instrumento de regeneración de la vida política y partidista.

En España existe ese Pacto, suscrito por todos los partidos políticos parlamentarios y que se ocupa de los casos de transfuguismo en las corporaciones locales. Los Acuerdos se suscribieron el 7 de julio de 1998 y se ampliaron el 26 de septiembre de 2000 y el 23 de mayo de 2006. Prevén la creación de una Comisión de Seguimiento, en la que están representados todos los partidos parlamentarios, que tiene la facultad de declarar “oficialmente” la condición de tráfuga, lo que conlleva el compromiso político de los partidos de no utilizar sus votos durante su mandato ni incluirlos en las listas para próximas convocatorias. Tiene su sede en el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Su trabajo se apoya en los dictámenes que elabora una Comisión de expertos. Ha realizado un total de 23 reuniones entre septiembre de 2000, y diciembre de 2010.¹⁸

El juicio global de este mecanismo es, en mi opinión, por lo menos ambiguo, parece haber contribuido a solucionar un número no desdeñable de asuntos menores, pero creo que ha sido incapaz de solucionar los auténticamente importantes.¹⁹ Por otra parte es notable la escasa atención académica que ha merecido el funcionamiento de ese órgano. Probablemente lo único que en este momento se pueda señalar con un cierto rigor es que se trata de un modelo a estudiar, profundizar y, probablemente, imitar. Pero no nos engañemos, no es, en modo alguno, ni probablemente pretenda serlo, una panacea al problema que estamos planteando, pero

¹⁸ La información ha sido obtenida de: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_local/cooperacion_local/organos_de_cooperacion/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo.html.

¹⁹ La no reunión de la Comisión a partir de diciembre de 2010 parece deberse, al menos inicialmente, a la incapacidad de los dos principales partidos políticos a ponerse de acuerdo en un caso local de alcance nacional, la Alcaldía de Benidorm, conseguida por el PSOE con el apoyo de tráfugas del PP. La relevancia del tema se debía, también, al hecho de que una de las personas implicadas era la madre de una Ministra del Gobierno de Rodríguez Zapatero que era, en el momento de los hechos, secretaria de organización del PSOE. La consecuencia de este asunto parece haber sido la paralización del Pacto durante casi tres años.

quizá pueda, al menos, servir para evitar los casos más patentemente escandalosos de corruptelas locales en los que ni siquiera las direcciones nacionales de los propios partidos están interesados.

2. Medidas eficaces pero... La limitación de las potestades de los tránsfugas como cargos representativos

Y entramos con ello en el campo, mucho más delicado, de las medidas legales que es posible adoptar en este campo sin vulnerar la prohibición del mandato imperativo, y que por tanto no pueden ir destinadas a hacer perder al tránsfuga su condición de cargo público, pero sí a debilitar su posición institucional en el seno de las instituciones representativas.

En este sentido debemos, en primer lugar, hacer referencia a las medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español destinadas a evitar que el tránsfuga pueda utilizar su voto para provocar un cambio de gobierno, lo que recordamos, solo es posible en el sistema parlamentario.

Para empezar conviene recordar que la posibilidad de que los concejales pudieran interponer una moción de censura contra sus respectivos alcaldes, es una potestad creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No existía en la regulación legal anterior a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, cuyo texto original es de 1985.

Su origen hay que localizarlo en la STC 5/1983, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, en la que se afirma que si bien los concejales electos tienen derecho a permanecer como tales todo su mandato, sin embargo este derecho no se predica del cargo de alcalde, que es elegido por los concejales, abriendo el camino a la presentación de mociones de censura contra los alcaldes al no cubrir el artículo 23 de la Constitución su permanencia en el mismo.

Esta interpretación fue confirmada por el ATC del 11 de enero de 1984, de manera que en el momento que se aprobó el artículo 197 de la LOREG que lo estableció por primera vez en una norma legal, la cuestión estaba resuelta en el terreno de los principios, en cuanto las corporaciones locales respondían al mismo modelo “parlamentario” del conjunto del Estado, aunque no existía un claro procedimiento para hacer valer ese derecho, lo que había dado lugar a una pluralidad de pronunciamientos judiciales.²⁰

²⁰ Véase sobre este planteamiento Santolaya, Pablo, “Nota en torno a la posibilidad de cese de los Alcaldes mediante la aprobación de una Moción de censura”, *Revista de Administración Pública*, 108, septiembre-diciembre de 1985, pp. 255 y ss.

Y a partir de entonces la crónica normativa en España ha consistido en un constante intento de reforzar la figura del alcalde, dificultando, cada vez más, la presentación y aprobación de mociones de censura, en búsqueda de la garantía de la estabilidad del gobierno municipal frente al transfuguismo. Sin embargo, y como ya he descrito en otra ocasión, este proceso ha sido, en buena medida, la crónica de un fracaso anunciado, en cuanto no ha soportado la criba de las decisiones judiciales dictadas desde la óptica de las facultades que el artículo 23 de la CE otorga a cada uno de los concejales, entre las que, en un sistema parlamentario, una de las esenciales resulta ser precisamente el ejercicio de funciones relativas a la función fiduciaria.

Así ha sucedido, al menos, con la pretensión de la Disposición Transitoria Tercera de la LOREG en su texto de 1985, con la reforma del artículo 197 de la LOREG en la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, y con su nueva reforma por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril.²¹

La última de las reformas se ha producido con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero que tiene su origen en una Proposición de ley presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán y Vasco, es decir una mayoría tan absolutamente cualificada del Parlamento español que hubieran podido reformar ese aspecto en la propia Constitución y que vuelve a endurecer los requisitos de presentación de una moción de censura.

Para ello establece que en el caso de que alguno de sus proponentes forme o haya formado parte del grupo político al que pertenezca el alcalde o haya dejado de pertenecer al que se adscribieron al inicio de su mandato, la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación precisos para presentarla se aumentará en tantos concejales como los que se encuentren en esas circunstancias. Lo que significa, en la práctica, que los tránsfugas dejan de ser útiles a efectos de presentación y aprobación de una moción de censura.

Sobre la eficacia práctica de esta medida creo que cabe poco lugar a dudas, en cuanto que impide o dificulta de manera extraordinaria una de sus manifestaciones de mayor trascendencia, el cambio de la mayoría de gobierno de una institución.

Sobre la proporcionalidad de esa medida, su compatibilidad con las funciones de los cargos representativos que no pueden ser limitadas por

²¹ Véase, sobre ese recorrido normativo, Santolaya, Pablo, “Crónica de un fracaso jurídico (y político); La moción de censura de los Alcaldes”, en Morodo, Raúl y Vega Pedro de (dirs.) *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México-Madrid Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. IV, pp. 2801 y ss.

corresponder al núcleo mismo de la representación, y sobre todo sobre lo que el Tribunal Constitucional pueda decidir en el supuesto de que el caso le sea planteado, lamento tener que expresar alguna duda, modificando, o al menos matizando profundamente mi primer pronunciamiento en la materia, realizado todavía al hilo del estudio de la proposición de Ley, y quizás un tanto precipitado.²² Se trata, en cualquier caso de un aspecto criticado por la doctrina.²³ Pero sobre el cual no se ha producido, hasta donde tengo conocimiento, jurisprudencia alguna.

En cualquier caso la solución de este problema debe ser razonada en los términos de otras iniciativas, presentes en España y en otros ordenamientos, que tratan de debilitar la posición institucional de los tránsfugas en todo aquello que no afecte a la esencia de su mandato representativo.

En efecto, el ordenamiento jurídico español ha recorrido con un cierto éxito la senda de tratar de evitar, al menos, que los tránsfugas se beneficien en términos económicos y/o de sus posibilidades de intervención en los órganos representativos de sus condiciones de tales, de manera que no puedan constituir un grupo político propio en el seno del órgano representativo, sino que pasen a ser diputados o concejales no adscritos.²⁴

La idea central de esta figura consiste en afirmar que los cargos públicos representativos que inciden en conductas de transfuguismo deben poder conservar, en virtud de la prohibición del mandato imperativo, la totalidad de las funciones que les corresponden en su condición de representantes individuales, pero que, por el contrario, no hay porqué otorgarles el ejercicio de todas aquellas facultades que corresponden a los grupos políticos en su condición de tales, y, desde luego, no todas las ventajas en términos materiales con el que solemos dotarles.

²² Véase Santolaya, Pablo, “Estudio introductorio al Informe de la Subcomisión creada en el Seno de la Comisión Constitucional sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General de 28 de junio de 2010”, *Cuadernos de Derecho Público*, 36/2009, pp. 221 y ss.

²³ Véase, sobre todo el trabajo de Juan Carlos Gavara de Cara en el libro de Chueca, Ricardo *et al.*, *La reforma de la Ley orgánica del régimen electoral general*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Es también muy crítico con este —y otros— aspectos de la reforma Torres del Moral, Antonio, “Réquien por el mandato representativo”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 81, mayo-agosto de 2011, pp. 13 y ss.

²⁴ La figura aparece por primera vez en el Reglamento del Parlamento de Andalucía en el año 2003 y se ha extendido en España a la mayor parte de las Asambleas regionales, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos. No existe todavía en el Parlamento nacional, en parte por la progresiva inadecuación de los Reglamentos del Congreso y el Senado, redactados al principio de la transición, y también por el dato innegable de que el transfuguismo ha tenido mucha menos trascendencia en nuestro parlamento nacional que a otros niveles territoriales.

Sin embargo la aplicación en la práctica de esta distinción dista de ser sencilla en la medida en que no siempre es posible discernir si la facultad en cuestión le es atribuida al cargo público en su condición individual o como miembro de un grupo político en la Asamblea. Además los cargos públicos representativos tienen que poder ejercerse en condiciones de igualdad, es un derecho de acceso y permanencia de los cargos públicos en condiciones de igualdad, como afirma el artículo 23.1 de la Constitución Española, de manera que la diferencia de estatus entre un parlamentario que pertenece a un grupo político y otro que no puede hacerlo por su condición de transfuga no puede ser radical y ha de estar sometida, en cada caso, a un estricto control de proporcionalidad, en el que nos preguntamos si la diferencia está prevista en la norma, si responde a una finalidad legítima, si es útil, si no existe una alternativa menos gravosa y en definitiva, si es proporcional en sentido estricto, es decir si la sociedad en su conjunto es más democrática como consecuencia de la restricción de derechos de ese transfuga que beneficia al conjunto de la representación política.

Labor que evidentemente compete a la justicia constitucional, sea cual sea el modelo concreto que se adopte. Las restricciones en el estatus de nuestros representantes deben estar sometidas a un control, porque no deben afectar “al núcleo de su función representativa parlamentaria”.

Y en ocasiones la persecución de conductas relacionadas con el transfuguismo desborda ese límite. En ese sentido resulta particularmente interesante la STC 169/2009 del 9 de julio que realiza una notable labor de disección entre lo que es y lo que no es posible, entre limitaciones “adecuadas, necesarias y proporcionadas” y aquellas que no lo son.

De manera que “la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo son limitaciones que, con carácter general no pueden considerarse lesivas” o “privarles de su participación en la Junta de Portavoces... en cuanto no ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante...del desarrollo de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa”.

Y sin embargo merece un pronunciamiento radicalmente distinto limitar su participación en las Comisiones informativas a hacerlo “con voz pero sin voto”, aspecto en el que reconoce que se ha vulnerado su derecho a la participación política en condiciones de igualdad.²⁵

²⁵ La doctrina establecida en esta Sentencia ha sido posteriormente aplicada en una larguísima serie de decisiones del Tribunal Constitucional, todas ellas referentes a los con-

3. *El control de los excesos; la necesidad de superar la doctrina de los interna corporis acta*

Y llegamos con ello al último elemento de esta reflexión. En otro trabajo en el que, a instancia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tuve que redactar desde una óptica comparada entre México y España entonces con relación al ejercicio de los Cargos Públicos representativos²⁶ tuve ocasión de analizar la extraordinaria amplitud con la que el Tribunal Constitucional español había superado la tradicional doctrina de los *interna corporis acta* y la variada gama de actos parlamentarios que habían sido sometidos a su control, frente a lo que parecía una realidad al menos parcialmente diferente en el ordenamiento mexicano, en líneas generales muy atento al control de todos los problemas electorales, incluso intrapartidistas, pero que no parecía mostrar el mismo alcance con relación al control de los actos parlamentarios.

Sin embargo considero que es absolutamente imprescindible para que las limitaciones del estatus parlamentario derivadas de la persecución del transfuguismo no puedan derivar en un tratamiento discriminatorio de las minorías, garantizar su efectivo control judicial.

Dicho de otra forma el avance significativo en este campo requiere la certeza del control de las medidas que se adopten frente a un tráfuga que conserva su escaño. No estoy seguro que México haya avanzado lo suficiente en la superación de la doctrina de los *interna corporis acta* para trasladar, sin más, alguna de las experiencias españolas. También en este aspecto es posible, al fin y al cabo, que nos encontremos ante un “falso amigo”.

cejales no adscritos del Ayuntamiento de Majadahonda (Madrid) que se inicia en la STC 20/2011, de 19 de marzo y que concluye, hasta la fecha —1 de noviembre 2011— en la STC 121/2011., de 18 de julio. También el Tribunal Constitucional Alemán entendió en el caso Wüppsahl, el 13 de junio de 1989 que impedir a un diputado tráfuga pertenecer a comisiones parlamentarias es contrario a la prohibición del mandato imperativo establecida en el artículo 38.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Véase al respecto el estudio correspondiente a Alemania en el trabajo de Fernando Santaolalla, “El transfuguismo en algunos países europeos”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 130 y ss.

²⁶ Véase Santolaya, Pablo, “Algunas cuestiones del ejercicio de los cargos públicos en el ordenamiento mexicano. Una visión desde el derecho español”, Ponencia presentada al III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 6 al 8 de octubre de 2010, que se encuentra aún pendiente de publicación.