

Derechos fundamentales de los parlamentarios y congresistas “no agrupados” en el Perú: Una alternativa menos gravosa el Grupo Mixto.-

Eddie R. Cajaleón Castilla

Abogado - Estudio Carlos Blancas Bustamante Abogados

Máster y Doctor en Derecho - Universidad Complutense de Madrid

Índice.- p. 1. 1.- Introducción.- p. 1. 2.- Antecedentes: El concejal o diputado “no adscrito” y la alternativa del Grupo Mixto.- p. 4. 3.- La permanencia en el cargo y el desempeño de las facultades de los congresistas como parte del contenido constitucional de sus derechos fundamentales.- p. 7. 4.- El Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales y la Ley 57/2003 que modificó la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local en España.- p. 16. 5.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en relación a la modificación del régimen de las corporaciones locales.- p. 17. 6.- Los Reglamentos Parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de España.- p. 19. 7.- La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en relación a la demanda de inconstitucionalidad contra la modificación reglamentaria.- p. 21. 8.- La dudosa constitucionalidad de la modificación reglamentaria que contempla a los congresistas “no agrupados”.- p. 26. 9.- La inconstitucionalidad de los efectos adicionales de la modificación reglamentaria.- p. 31. 10.- La segunda modificación del Reglamento del Congreso que mantiene a los congresistas “no agrupados” e incorpora el Grupo Parlamentario Mixto.- p. 32. Conclusiones.- p. 37. Bibliografía.- p. 40.

1.- Introducción.-

Dada la diversidad de supuestos posibles que abarca la expresión del transfuguismo, todo análisis de este fenómeno complejo merece un estudio serio y sosegado, con una diferenciación clasificatoria de modalidades y sus motivaciones, y mucho más si se pretenden imponer las mismas medidas represivas o disuasorias para la generalidad de los casos cuando todos los tráfugas no son tan malos, ni los partidos siempre son los buenos¹. No pretendemos satisfacer este tipo de análisis en este breve

¹ RUBIO LLORENTE, Francisco: “Los tráfugas no son tan malos”, en *El País*, 6 de octubre de 1983, p. 13; GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*,

trabajo, *excursus* de otro mayor², pero sí invocarlo como inspiración para no dejarse llevar por reacciones pasionales e inmediatas de cremación política.

No es lo mismo la modalidad delictiva retribuida: el bandolerismo político³ o el oportunista, que la que obedece a motivaciones fundadas en el cambio ideológico o programático del partido o en la mutación ideológica del político⁴. El transfuguismo inicial no es igual que el caso sobrevenido, y éste no es lo mismo cuando se trata de un nómada. Una esporádica votación distinta a la que manda la disciplina de partido, fundada legítimamente en la libertad de mandato o la de conciencia, no es lo mismo que votaciones reiteradas contra la disciplina partidaria, o que un voto decisivo, la abstención o la ausencia para no votar, modificando el equilibrio en las relaciones mayoría y minoría producto de la voluntad popular⁵. Tampoco creo que la renuncia voluntaria del parlamentario sea igual que la expulsión de él por la cúpula partidaria, ni que merezca los mismos efectos, sin mencionar cuando hay acuerdo de ambos para el préstamo de parlamentarios a otra fuerza política o de cambios compensatorios⁶.

En el Perú, el Congreso de la República aprobó el 14 de octubre de 2016 la Resolución Legislativa del Congreso N° 007-2016-2017-CR modificando el artículo 37 del Reglamento del Congreso, con el fin de, por primera vez, intentar desincentivar la fragmentación de los grupos parlamentarios y promover su fortalecimiento, estableciendo en su numeral 5 que los congresistas que renuncien o sean expulsados del grupo parlamentario, partido político o alianza electoral por el que fueron elegidos, no pueden constituir nuevo grupo parlamentario ni adherirse a otro, por lo que quedan como “no

Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 77-79; y, TORRES MURO, Ignacio: “El transfuguismo político. Un elogio (moderado) del tránsito”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, versión electrónica, N° 16, 2016 (segunda época), pp. 3 y 4.

² CAJALEÓN CASTILLA, Eddie R.: *Los derechos fundamentales de los parlamentarios en España y Perú: Un estudio comparado*, Madrid, Tesis Doctoral Universidad Complutense de Madrid, 2017.

³ DELGADO- GUEMBES, César: “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”, en *Derecho PUCP*, N° 53, 2000, p. 92; y, LANDA ARROYO, César: “Notas sobre el transfuguismo parlamentario peruano”, en *Derecho & Sociedad*, N° 16, 2001, p. 9.

⁴ DE ESTEBAN, Jorge: “El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 70, Octubre-Diciembre 1990, pp. 11 y 12; y, TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 57-59.

⁵ GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 40-44 y 78-79; y, TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario ... op. cit.*, pp. 44-67.

⁶ TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario ... op. cit.*, pp. 70-79.

agrupados”, con excepción de las alianzas electorales que decidan disolverse, que pueden conformar grupo.

Además, modificó el numeral 4 del mismo artículo, disponiendo que cada grupo parlamentario apruebe su reglamento interno por mayoría de sus miembros, debiendo respetar las garantías del debido procedimiento y contener los derechos y deberes de sus integrantes. Si la sanción es suspendida o dejada sin efecto por la instancia correspondiente a la que recurrió, el congresista que fue sancionado, puede optar por regresar a su grupo o solicitar su incorporación a otro ya conformado con el acuerdo expreso del mismo.

Se reguló el transfuguismo sobrevenido, abarcando indiscriminadamente casi todas las modalidades posibles legítimas o ilegítimas, no es exclusivo para el nómada, y otorga el mismo tratamiento en los supuestos de renuncia y expulsión del grupo. Además, se omite considerar el inicial cuando el congresista recién electo no integra el grupo del partido que lo llevó en sus listas sino que pasa a otro grupo distinto a aquél, y tampoco atiende a las motivaciones que pudieran justificar ciertas modalidades, como cuando el partido cambia el programa político que ofreció a los electores y ejecuta el que perteneció al partido que compitió contra el mismo en las elecciones.

Se limitó a considerar en exclusiva el supuesto objetivo: el lugar político por el que fue elegido y al que renuncia o es expulsado, sin hacer referencia alguna al elemento subjetivo de la motivación que conduce al representante a actuar así, que se presenta como factor determinante para configurar el concepto jurídico del transfuguismo, que no es otro que el de la deslealtad política⁷. El Tribunal Constitucional Español, en una reciente sentencia, considera sencillamente inaceptable cualquier hipótesis de disolución del vínculo político que *per se* pueda justificar una medida de intervención del legislador a pesar que persiga la regeneración democrática⁸.

También modificó el artículo 22, literal d, disponiendo que los congresistas tienen derecho a elegir y postular como miembro de un grupo parlamentario a los cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las comisiones o ser designado miembro de la

⁷ CATALÀ I BLAS, Alexandre H.: “Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 101, Mayo-Agosto 2014, p. 46; y, TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario ... op. cit.*, pp. 56-67.

⁸ STC 151/2017, de 21 de diciembre, F.J. 7.

Comisión Permanente o del Consejo Directivo; además, modificó el artículo 76, numeral 2.3, estableciendo que los congresistas “no agrupados” pueden presentar proposiciones de ley y de resolución legislativa contando con un número mínimo de 5 congresistas.

2.- Antecedentes: El concejal o diputado “no adscrito” y la alternativa del Grupo Mixto.-

La figura del congresista “no agrupado” tiene como antecedente en la legislación española en los niveles local y autonómico a los concejales “no adscritos” de las corporaciones locales y los diputados “no adscritos” de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, como medida de lucha contra el fenómeno del transfuguismo⁹, más no en el nivel de la representación nacional del Congreso de los Diputados ni del Senado que contemplan incorporar a los diputados y senadores al Grupo Mixto¹⁰, respectivamente. El Grupo Mixto previsto por el derecho español, no es el mismo Grupo Parlamentario Mixto incorporado posteriormente por la Resolución Legislativa del Congreso N° 003-2017-2018-CR aprobada el 14 de setiembre de 2017.

El Reglamento del Congreso de los Diputados en el artículo 24.3 señala que los diputados que no sean miembro de ninguno de los grupos parlamentarios pueden asociarse a un grupo mediante solicitud aceptada por el portavoz del mismo dentro de un breve plazo (5 días), y el artículo 25.1 que los diputados que no queden integrados a un grupo parlamentario en el plazo previsto, quedarán incorporados automáticamente al Grupo Mixto¹¹. Y el Reglamento del Senado en el artículo 29 indica que los senadores

⁹ GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo ...” op. cit., pp. 79-81; GONZÁLEZ DEL TESO, Teodosio: “Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)”, en *Justicia Administrativa*, N° 27, 2005, pp. 35-74; ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local: el caso de los representantes locales “no adscritos””, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, N° 6, 2014, pp. 274-294; GILBAJA CABRERO, Estela: “La figura del parlamentario no adscrito”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 28, 2015, pp. 163-167; y, TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier y NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar: “Normativa sobre el transfuguismo en los reglamentos parlamentarios autonómicos”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 14, 2003, pp. 87-132.

¹⁰ SANTOLAYA, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús María: “Estudio introductorio”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dir.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 30 y 31. Hubo una reforma *non nata* del Reglamento del Congreso de los Diputados para introducir la figura del diputado no adscrito. Ver SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J: “Representación nacional y grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados”, en *Cuadernos de pensamiento político*, N° 12, Octubre/Diciembre 2006, p. 100.

¹¹ GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando: “Artículo 24” y “Artículo 25”, en RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa (Coord.): *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012, pp. 192-206.

pueden incorporarse a uno de los grupos parlamentarios mediante escrito con el visto bueno de su portavoz, el artículo 30.1 que los senadores que no se incorporan a un grupo, pasarán a integrar el Grupo Mixto, y el artículo 30.3 que los senadores que dejaren de pertenecer a un grupo por cualquier causa, quedarán automáticamente incorporados al Grupo Mixto, salvo que en un plazo breve (3 días) se adscribieran a otro grupo, lo que da cuenta el portavoz del grupo respectivo.

En el Grupo Mixto se inscriben aquellos parlamentarios que no formen parte de ningún grupo parlamentario cuando finalice el plazo para su constitución, y también se incorporan al mismo los parlamentarios que causen baja durante la legislatura por cualquier motivo y no se incorporen a otro¹². Al Grupo Mixto se le atribuyen los mismos derechos que tienen los demás grupos parlamentarios, como si fuera uno más de ellos, lo que garantiza los derechos de estos grupos minoritarios acorde al principio del pluralismo político reconocido por el artículo 1.1 de la Constitución Española¹³.

Si bien es posible alegar la libertad negativa para no formar parte de ningún grupo parlamentario como parte del contenido esencial del derecho de asociación, los diputados y senadores son titulares de una función representativa, y tienen el deber de integrarse a un grupo y la simple facultad de opción para decidir a qué grupo se adscribirán. Además, cuando el parlamentario no ejerce la facultad de opción y no se inscribe a un grupo, la cámara decide incorporarlo *ex officio* al Grupo Mixto, para encuadrar a los parlamentarios en grupos con el fin de conseguir una cámara operativa que cumpla sus funciones constitucionales, a costa de producir una limitación en la libertad individual de asociación pero que no suprime completamente la libertad del parlamentario¹⁴.

La limitación se considera justificada y no violatoria de la libertad del parlamentario individual a no asociarse o pertenecer contra su voluntad a un grupo, porque primero (*i*), el derecho de opción se respeta plenamente y ni el reglamento ni los órganos de las cámaras están facultados para decidir a qué grupo debe pertenecer; segundo (*ii*), las disposiciones reglamentarias determinan que el ejercicio de ciertas facultades sólo pueden ser desempeñadas por y a través de los grupos parlamentarios,

¹² LARIOS PATERNA, María Jesús: "El Grupo Mixto y el transfuguismo político Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, de 13 de febrero", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 16, Enero-Abril 1996, p. 239.

¹³ LARIOS PATERNA, María Jesús: "El Grupo Mixto y el transfuguismo ..." op. cit., p. 240.

¹⁴ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 347 y 348.

para lo cual la remisión de los parlamentarios “no adscritos” al Grupo Mixto persiguen que tengan acceso a dichas facultades y evitar situaciones de desigualdad; y tercero (*iii*), el Grupo Mixto no es un grupo parlamentario en sentido estricto porque carece de identificación política y se trata de un lugar neutral que sirve únicamente para agrupar a los parlamentarios, sin que tengan conciencia de pertenecer a un grupo¹⁵.

Lo que ocurre es que en muchas ocasiones el Grupo Mixto está compuesto exclusivamente por parlamentarios tráfugas, y ejerce en la cámara los mismos derechos que cualquier otro grupo perteneciente a un partido político, con soporte ideológico, una organización y una determinada base electoral, por lo que, para evitar esta situación peculiar de cierta inestabilidad, la mayoría de los Parlamentos Autonómicos modificaron los reglamentos impidiendo que los diputados tráfugas se incorporen al Grupo Mixto y permanezcan en la cámara como diputados “no adscritos”, pudiendo ejercer los derechos reconocidos *uti singuli* a los parlamentarios de forma individual, pero no aquéllos atribuidos *uti socii* a los grupos¹⁶.

Al respecto, hay dos posiciones en la doctrina y jurisprudencia española en relación a la constitucionalidad de los parlamentarios “no adscritos”.

Para la primera posición (*i*), el parlamentario “no adscrito” tiene difícil encaje constitucional porque la función de representación política arroja la imagen de los parlamentarios organizados en grupos coherentes con la formación política con la que acudieron a las elecciones y fueron elegidos, o que, en su defecto, se integran en el Grupo Mixto como garantía no sólo de la funcionalidad de la cámara, sino, principalmente, como salvaguarda de la función representativa que tienen y del desempeño de las facultades que conlleva el cargo¹⁷. El Parlamento contemporáneo es un Parlamento de grupos o grupocrático, consecuencia natural del predominio de los partidos, por lo que los

¹⁵ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., pp. 348 y 349.

¹⁶ LARIOS PATERNA, María Jesús: “El Grupo Mixto y el transfuguismo ...” op. cit., p. 241.

¹⁷ ARRUEGO, Gonzalo: “Sobre la constitucionalidad del “diputado no adscrito””, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 99, Septiembre-Diciembre 2013, pp. 118-120.

diputados individuales “no agrupados” resultan disfuncionales¹⁸, y, en otros términos, quien no tiene grupo, apenas existe, parlamentariamente hablando¹⁹.

Para la segunda (ii), esta figura se considera positiva por desincentivar el transfuguismo y hacer desaparecer el interés de los grupos de fomentarlo al no poder beneficiarse²⁰, es admisible constitucionalmente porque el parlamentario “no adscrito” conserva las facultades individuales, *uti singuli*, para el desempeño efectivo del cargo, relacionadas con el núcleo constitucional de las funciones de representación, legislación y control político que tiene el Congreso, en condiciones de igualdad a las de los demás representantes, y sólo pierden las facultades *uti socii* que tenían como miembros del grupo parlamentario al que pertenecían²¹.

En otras palabras, a los parlamentarios “no adscritos” se les suprime todas aquellas facultades vinculadas a la pertenencia a un grupo, porque se les reconoce exclusivamente sólo las facultades reservadas a los parlamentarios individualmente considerados²².

3.- La permanencia en el cargo y el desempeño de las facultades de los congresistas como parte del contenido constitucional de sus derechos fundamentales²³.-

La doctrina y jurisprudencia alrededor de los derechos fundamentales de los representantes políticos, por antonomasia los parlamentarios, gira en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la Constitución Española referido al derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. El artículo 23.1 reconoce que 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, y el 23.2 que tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

El Tribunal Constitucional de España ha interpretado que el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos se ejerce por medio de representantes

¹⁸ PITARCH, Ismael E.: “El Grupo Mixto y sus alternativas”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 1, 1995, p. 32; y, SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J: “Representación nacional y grupos parlamentarios ...” op. cit., p. 98.

¹⁹ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J: “Representación nacional y grupos parlamentarios ...”, op. cit., p. 99.

²⁰ TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario ...* op. cit., pp. 337 y 338.

²¹ GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo ...” op. cit., p. 80.

²² ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local ...” op. cit., p. 281.

²³ CAJALEÓN CASTILLA, Eddie R.: *Los derechos fundamentales de los parlamentarios ...* op. cit.

libremente elegidos en elecciones periódicas, y ello evidencia que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar²⁴. Al estar conectados, la violación que resulta del acto de privar al representante de su función de representación, afecta al derecho del representante a ejercer su función y también simultáneamente al derecho de participación de todos los ciudadanos en su conjunto²⁵.

La participación política supone la facultad de todo ciudadano de intervenir en el proceso de adopción de las decisiones políticas de la comunidad referentes a los asuntos públicos, abriendo la composición de los órganos del Estado y la formación de la voluntad de los mismos, a la participación de los ciudadanos por sí mismos o mediante la actuación de los representantes libremente elegidos por ellos²⁶. Así, la representación política es el instrumento de mediación que a través de la actuación de las personas concretas de los representantes garantiza la plena efectividad de la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado²⁷.

La participación política no se limita ni agota en el acto de votar²⁸ sino que se proyecta durante el período del mandato representativo para el que han sido elegidos²⁹. El ámbito material del derecho fundamental no se circunscribe al momento inicial de acceso al cargo sino que se proyecta durante todo el mandato³⁰. De este modo, se articula una relación de representación que une a los representantes y los representados, por la que se autoriza o legitima a cada representante a actuar en lugar y en el interés de los

²⁴ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.J. 4 a).

²⁵ STC 10/1983, de 21 de febrero, F.J. 2.

²⁶ FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 54; CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación "constitucionalmente adecuada")", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992, p. 138; y, PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, Parlamento de Navarra-Civitas, 1992, pp. 54 y 55.

²⁷ CAAMAÑO, Francisco: "Mandato parlamentario y derechos fundamentales ..." op. cit., pp. 135 y 136; FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., p. 72; MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1996, p. 97; ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 153; y, ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados y senadores (La prohibición de mandato imperativo frente a la disciplina de partido)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005, p. 58.

²⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 113.

²⁹ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ...* op. cit., p. 338.

³⁰ STC 214/1998, de 11 de noviembre, F.J. 2.

representados para construir y formar democráticamente la voluntad estatal y adoptar las decisiones referentes a los asuntos públicos³¹.

El principio fundamental que rige esta relación se basa en la representación libre o independiente: la libertad de mandato, que prohíbe el mandato imperativo. La libertad del mandato y la prohibición del mandato imperativo dirigidas en el pasado frente a los grupos de electores que votaron por el representante, para que no ejecute sus deseos e intereses particulares, sino que busque el bien común y realizar los intereses del conjunto de la Nación³², se actualiza, mediante una interpretación evolutiva y sociológica, para proteger a los parlamentarios frente a los nuevos riesgos y amenazas derivadas de diversos grupos y sujetos³³.

En este supuesto, se afirma que si la prohibición del mandato imperativo se mantiene sustancialmente es porque ahora es vista ya no como una garantía del mandato libre frente al pueblo, sino como la posibilidad de votar contra las directrices del partido político al que el parlamentario pertenece³⁴. Hoy, frente a la imposición de las directrices o instrucciones de sus líderes, la prohibición del mandato imperativo asegura un derecho de libertad y autonomía a favor del representante, que sirve de garantía constitucional frente a los abusos e injerencias indebidas por parte de los partidos políticos³⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha interpretado que la fórmula constitucional que reconoce el derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas no se limita exclusivamente al momento de acceder a los mismos, sino que también comprende los momentos posteriores de permanencia y mantenimiento, mientras no se extinga por la voluntad popular de los electores expresada en elecciones

³¹ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ...* op. cit., pp. 56 y 57; y, GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo ..." op. cit., pp. 55 y 56.

³² BURKE, Edmund: "Discurso a los electores de Bristol con ocasión de que los magistrados le declararán formalmente miembro electo del Parlamento por esa ciudad, el jueves 3 de noviembre de 1774", en BURKE, Edmund: *Revolución y descontento Selección de escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 90 y 91. Burke dijo al distrito de Bristol que lo eligió como miembro del Parlamento que "ciertamente, vosotros elegís un parlamentario; pero, una vez elegido, éste no es un parlamentario por Bristol, sino un miembro del *Parlamento*". Ver PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 215 y 216; y, BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, London, University of Chicago, 2002, T. I., p. 155. El primer libro de los comentarios de Blackstone fue editado en 1765.

³³ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo ..." op. cit., p. 49.

³⁴ MANZELLA, Andrea: *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1991, pp. 17 y 18; y, PRESNO LINERA, Miguel Ángel: "La prohibición de mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática", en *Debates Constitucionales*, N° 1, 1999, p. 9.

³⁵ GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo ..." op. cit., p. 48.

periódicas, porque en el caso contrario quedaría el derecho fundamental vaciado de contenido real y efectivo³⁶.

Por ello, el Tribunal ha establecido que el cese de un alcalde y de concejales de los cargos para los que fueron elegidos por haber sido expulsados del partido político al que pertenecían y en cuyas listas fueron elegidos, previsto por la Ley 39/1978 de Elecciones Locales, viola el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los representantes libremente elegidos por ellos, en la medida que el derecho a permanecer y mantenerse en sus cargos proviene de la voluntad del conjunto de los electores y no de la decisión de un partido político³⁷, porque la relación de representación política entre el pueblo y los representantes primero (i) se deriva de la elección de los ciudadanos que recae sobre las personas y no por la presentación de candidaturas de los partidos, no ejerciendo éstos la representación ni la titularidad de los escaños, y segundo (ii), los representantes son del cuerpo electoral y no del partido que los presentó en sus listas; no existiendo una relación representativa entre el representante y el partido por la cual el segundo pueda dar instrucciones y revocar a los primeros³⁸.

El Tribunal Constitucional del Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos también han interpretado el derecho a ser elegido reconocido por el artículo 31, párrafo primero, de la Constitución Política del Perú, y el derecho al acceso a las funciones públicas consagrado por el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente.

El Tribunal Constitucional Peruano considera que el contenido constitucional del derecho a ser elegido no se agota en el acto mismo de la votación, sino que se proyecta durante todo el mandato, de modo tal que el impedimento o restricción de su ejercicio, fuera de las causas previstas constitucional y legalmente, supone también una afectación del derecho y se considera nula y punible conforme al artículo 31, *in fine*, de la Constitución³⁹.

³⁶ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.Js. 3 y 4 a); y, STC 10/1983, de 21 de febrero, F.Js. 2 y 4; GARCÍA ROCA, Javier: "Representación política y transfuguismo ..." op. cit., p. 60; y, FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos* op. cit., pp. 110 y 111.

³⁷ STC 5/1983, de 4 de febrero, F.Js. 3 y 4 a); y, STC 10/1983, de 21 de febrero, F.Js. 2 y 4.

³⁸ ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados ...* op. cit., p. 164.

³⁹ Sentencia de TCP de 21 de julio de 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/TC, Arturo Castillo Chirinos, F.J. 37. Ver además Sentencia de TCP de 4 de diciembre de 2006, Exp. N° 3593-2006-AA/TC, Luz Salgado Rubianes de

La Corte Interamericana advirtió, a propósito de la destitución de magistrados judiciales, que si había violación del artículo 23.1, literal c, de la Convención, explicando que dicho artículo no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en condiciones generales de igualdad, lo que quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos, y las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho⁴⁰.

Para la Corte, el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a los que se accede⁴¹, por lo que el derecho a la permanencia en las funciones públicas está protegido por el artículo 23.1, literal c, de la Convención.

Así, la Corte cambió la posición restrictiva que tenía⁴² y homologó su doctrina jurisprudencial en relación al artículo 23.1, literal c, de la Convención, a la interpretación que había realizado el Comité de Derechos Humanos acerca del artículo 25, literal c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos en la Observación general N° 25 relativa a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, señala que dicho artículo se refiere al derecho y la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos, interpretando que para garantizarlo, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos⁴³.

Paredes y Carmen Lozada de Gamboa, F.J. 22; y, Sentencia de TCP de 6 de agosto de 2002, Exp. N° 1109-2002-AA/TC, Isaac Gamero Valdivia, F.Js. 17 y 18.

⁴⁰ Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206; y, GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VÍA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, pp. 241 y 242. Ver además Sentencias de CIDH de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párrs. 138 y 139; de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 135; de 23 de agosto de 2013, caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, párr. 155; y, de 28 de agosto de 2013, caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, párrs. 194, 195 y 207.

⁴¹ Sentencias de CIDH de 30 de junio de 2009, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, párr. 138; y, de 1° de julio de 2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, párr. 135.

⁴² Sentencia de CIDH de 31 de enero de 2001, caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revredo Marsano) vs. Perú, párr. 103.

⁴³ Observación general N° 25 del Comité de Derechos Humanos relativa a la participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, párr. 23.

Además, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, una vez garantizados el acceso y la permanencia en el cargo público representativo, éstos se completan con el derecho del titular al desempeño y ejercicio efectivo del mismo, formándose una triple dimensión en el contenido de los derechos relacionados con el cargo, que otorga finalmente a la persona del representante un conjunto mínimo de facultades de actuación, *uti singuli* o *uti socii*, a su favor, correspondientes al *ius in officium*⁴⁴.

Para la doctrina constitucional del *ius in officium*, el derecho de acceso a los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad, puede ser invocado para defender la plenitud de las facultades inherentes al desempeño del cargo, o en otros términos incluye el derecho al ejercicio del cargo para el que se ha sido elegido⁴⁵. Ello porque en caso contrario, perdería toda eficacia si, respetado el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera ser mediatizado o impedido sin remedio jurídico⁴⁶.

De ello surge el estatus constitucional del cargo público representativo que implica la posición que tiene el titular del cargo y el conjunto de potestades y facultades inherentes al mismo, que le permiten ejercer y desempeñar efectivamente el cargo a través de acciones relacionadas con las funciones de representación, legislación y control que tiene el Parlamento⁴⁷. Frente a la infracción de estas potestades y facultades, el parlamentario cuenta con la posibilidad de ejercer recursos y garantías procesales destinados a hacerlos valer. La relevancia constitucional sólo la poseen las facultades

⁴⁴ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ... op. cit.*, pp. 189 y 190.

⁴⁵ CARMONA CUENCA, Encarnación: "La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político", en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 566.

⁴⁶ STC 161/1988, de 20 de setiembre, F.J. 6.

⁴⁷ COBREROS MENDAZONA, Edorta y SAIZ ARNAIZ, Alejandro: "La defensa del *status* del parlamentario", en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 1991, pp. 102 y 103; CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José Ma.: *El Parlamento de Andalucía Estructura y organización*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 15; y, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "El estatuto de los parlamentarios", en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 1991, p. 62.

atribuidas al parlamentario que pertenezcan a las funciones nucleares de representación, legislación y control que tiene el Parlamento⁴⁸.

Así, entre las facultades más relevantes que forman el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 23.2, intangibles para el legislador y cuya limitación es modulada mediante el test de proporcionalidad, pueden incluirse, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, relacionados con la función representativa: (i) al voto, (ii) a formar parte de la Mesa de la cámara (iii) a formar parte de una comisión parlamentaria, (iv) a formar parte de un grupo parlamentario, (v) a solicitar la convocatoria del Pleno, y (vi) a recibir subvenciones a favor de los grupos parlamentarios⁴⁹; en la función legislativa: (vii) a la admisión de proposiciones de ley, y (viii) a presentar enmiendas legislativas⁵⁰; y en la función de control político: (ix) a solicitar información, (x) a solicitar la creación de una comisión investigadora, (xi) a solicitar comparecencias en comisión, (xii) a formular interpelaciones, (xiii) a preguntas, y (xiv) a mociones y proposiciones no de ley⁵¹.

Además, las facultades (xv) a la palabra y (xvi) al debate⁵² están presentes transversalmente cuando se ejercen todas dichas facultades en cada una de las diversas

⁴⁸ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, p. 107.

⁴⁹ SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios” op. cit., pp. 107 y 118-121.

⁵⁰ FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el Parlamento*, Madrid, Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 2013, pp. 110-116; PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado: la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, pp. 76-78; VÍBORAS JIMÉNEZ, José Antonio: “La función legislativa en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 497-500; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales*, Pamplona, Asamblea de Madrid-Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 537-546 y 557-561.

⁵¹ FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria ...* op. cit., pp. 126-150; PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado ...” op. cit., pp. 78-94; DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: “La función de control en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997, pp. 520-552; y, CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales* op. cit., pp. 594-613.

⁵² SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios” op. cit., p. 117; y, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: “El derecho fundamental al debate parlamentario”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 16, 2005, pp. 279 y 280.

funciones nucleares del Parlamento, ya sea representativa, legislativa y de control político.

No deja de ser artificiosa la distinción entre facultades del parlamentario: individuales, *uti singuli*, y colectivas, *uti socii*, por el grupo parlamentario, porque la titularidad de éstas corresponde a cada uno de los parlamentarios como personas físicas individuales, sin perjuicio que estos derechos personales o individuales pueda ser ejercido, como en efecto lo es, de manera colectiva a través de los grupos de los que forman parte, a los que las disposiciones reglamentarias atribuyen la realización de algunas facultades inherentes a la función parlamentaria⁵³.

No se pueden confundir y desnaturalizar estas facultades atribuyendo la titularidad de las mismas a los grupos parlamentarios⁵⁴ pues corresponden a los parlamentarios permanecer en el cargo y desempeñar sus facultades tanto de manera individual como conjunta a través de tales formaciones colectivas en las que se integra⁵⁵. De esta manera, sin dejar de perder su naturaleza personal, se completa la concepción individualista de la titularidad de los derechos, entendiéndose que se trata de un derecho de participación que se ejerce democráticamente con otros, y se responde a las exigencias derivadas del principio de igualdad del individuo y de los grupos en que se integra. El parlamentario actúa asociado, *uti socii*, con otros para poder desempeñar en un Parlamento moderno las funciones que como cargo público le corresponden⁵⁶.

Sin embargo, la doctrina suele reconocer que hay subvenciones económicas y medios materiales cuya titularidad colectiva es imputable exclusivamente al grupo parlamentario, y no al parlamentario individual, en la medida que sirven para los gastos de funcionamiento de los grupos y para el ejercicio eficaz de las actividades y tareas que tienen como tales en el Parlamento, sin los cuales llevarlas a cabo no sería posible⁵⁷, aunque siempre es posible imputarlas al ejercicio de las funciones de los parlamentarios individuales que forman parte de dichos grupos.

⁵³ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ... op. cit.*, p. 146.

⁵⁴ PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas ... op. cit.*, pp. 276-281; y FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos op. cit.*, pp. 90-94.

⁵⁵ GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos ... op. cit.*, p. 265.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989, pp. 182 y 183; y, MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales op. cit.*, pp. 194 y 195.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana reconoce los derechos de acceso y permanencia en los cargos y funciones públicas, más no el ejercicio y desempeño efectivo del cargo y función; pero, también hay sentencias de la Corte que postulan que toda persona titular de derechos políticos debe contar con oportunidades reales para ejercerlos de forma efectiva, y que la participación de los ciudadanos mediante representantes elegidos es un elemento esencial para la existencia de la democracia, no bastando que existan formalmente recursos procesales para su protección sino que se otorgue la posibilidad real de interponerlos y que sean efectivos⁵⁸. Además, en algunos casos se ha pronunciado por reconocer implícitamente la cobertura internacional-americana en relación al ejercicio y desempeño del cargo y función de un parlamentario⁵⁹ y representantes políticos, indígenas⁶⁰ y sindicales asesinados⁶¹, y de magistrados destituidos⁶², respectivamente, más que el mero acceso y permanencia en los mismos.

El Tribunal Constitucional Peruano no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre procesos de amparo promovidos por congresistas reclamando violaciones de las facultades del *ius in officium*, por lo que este componente del derecho fundamental de acceso y permanencia en el cargo representativo no ha sido desarrollado en nuestro país hasta la reciente Sentencia de 29 de agosto de 2017, Exp. N° 00006-2017-PI, y la doctrina nacional ha considerado que se tratan de derechos o atribuciones funcionales por el rol desempeñado⁶³.

Además, en el caso de funciones públicas no electivas, ha afirmado que el ejercicio pleno de la función sin perturbaciones, forma parte del contenido del derecho de acceso a la función pública, como mandato de optimización cuyo contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege⁶⁴. Esto tiene aplicación también en el ejercicio de las funciones de los congresistas en relación al derecho fundamental a tener acceso y a ser elegido para dicho

⁵⁸ Sentencia de CIDH de 23 de junio de 2005, caso YATAMA vs. Nicaragua, párrs. 168, 169, 195 y 201.

⁵⁹ Sentencia de CIDH de 26 de mayo de 2010, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, párrs. 172, 175 y 176.

⁶⁰ Sentencia de CIDH de 25 de mayo de 2010, caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, párrs. 108-117.

⁶¹ Sentencia de CIDH de 3 de marzo de 2005, caso Huilca Tecse vs. Perú, párr. 78.

⁶² Sentencia de CIDH de 5 de agosto de 2008, caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, párr. 206.

⁶³ DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento Introducción al estudio del Congreso Peruano*, Lima, Congreso de la República, 2002, pp. 246-252.

⁶⁴ Sentencias de TCP de 25 de abril de 2006, Exp. N° 0025-2005-PI/TC y N° 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro (PROFA), F.Js. 43 y 44; y, de 16 de abril de 2015, Exp. N° 05057-2013-PA/TC, Rosalía Huatuco Huatuco, F.J. 8 e).

cargo, reconocido por los artículos 31, párrafo primero, y 90, párrafo final, de la Constitución Política, para configurar el desempeño o ejercicio como parte de los derechos fundamentales de los parlamentarios, a pesar de las diferencias notorias con los funcionarios públicos por tener origen el mandato representativo nada menos que en la voluntad popular.

Si bien el desempeño de estas facultades del *ius in officium* no son tutelables por un recurso de amparo directo ante el Tribunal Constitucional como en España según lo previsto por el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en nuestro país sí son tutelables a través del proceso de amparo que procede frente a la violación de cualquier derecho constitucional ante el Juez del Poder Judicial, previsto por el artículo 200, numeral 2, de la Constitución Política y por el Título III del Código Procesal Constitucional, con la posibilidad de recurrir en última instancia vía Recurso de Agravio Constitucional al Tribunal Constitucional, por tener especial trascendencia constitucional dadas las consecuencias políticas generales que producen⁶⁵.

4.- El Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales y la Ley 57/2003 que modificó la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local en España.-

El Acuerdo del Código de conducta política en relación con el transfuguismo en las corporaciones locales suscrito por el Gobierno de España con las fuerzas políticas parlamentarias el 7 de julio de 1998, contempló adoptar medidas para desincentivarlo a través de medidas disuasorias de carácter económico y reglamentario y propiciar reformas en los reglamentos de las corporaciones estableciendo que los concejales que abandonen los partidos o agrupaciones en cuyas candidaturas resultaron elegidos, no pasen al Grupo Mixto sino que tomen la figura de no inscritos o independientes, actuando de forma aislada, sin que puedan beneficiarse de los recursos económicos y materiales que tienen los grupos políticos⁶⁶.

Como consecuencia del acuerdo, la Ley 57/2003 modificó el artículo 73.3 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local, reformado por la Ley 11/1999,

⁶⁵ STC 155/2009, de 25 de junio, F.J. 2; y, Sentencia de TCP de 6 de agosto de 2014, Exp. N° 00987-2014-PA/TC, Francisca Vásquez Romero, F.Js. 49 b) y 50.

⁶⁶ GONZÁLEZ DEL TESO, Teodosio: "Transfuguismo y concejales no adscritos ..." op. cit., p. 37; y, ALONSO MAS, María José: "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", en *Revista de Administración Pública*, N° 168, Septiembre-Diciembre 2005, p. 96.

disponiendo en el primer párrafo que “a efectos de su actuación corporativa, los miembros de las Corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, en la forma y con los derechos y obligaciones que establezcan”, y adicionando “con excepción de aquéllos que no se integren en el grupo político que constituyan la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandone su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos”.

Así dispuesto, los concejales “no adscritos” son aquéllos que no se integren al grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, no pasando a integrar al Grupo Mixto que estará compuesto sólo de aquéllos que sean de una formación que no tenga los miembros suficientes para constituir un grupo propio⁶⁷.

También se agrega como tercer párrafo la regla que “los derechos económicos y políticos de los miembros no adscritos no podrán ser superiores a los que les hubiesen correspondido de permanecer en el grupo de procedencia”. Finalmente, el párrafo quinto y último dispone que “cuando la mayoría de los concejales de un grupo político municipal abandonen la formación política que presentó la candidatura por la que concurrieron a las elecciones o sean expulsados de las mismas, serán los concejales que permanezcan en la citada formación política los legítimos integrantes de dicho grupo político a todos los efectos”⁶⁸.

5.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en relación a la modificación del régimen de las corporaciones locales.-

El Tribunal Constitucional a propósito de conocer recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre esta modificatoria legal, convalidó el artículo 73.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, por considerar que el trato diferente que se otorga a los concejales “no adscritos” en relación a los adscritos a un grupo político, responden a un fin constitucional legítimo por la relevancia constitucional de la adscripción política con la que los representantes concurren a las elecciones y son elegidos, en tanto que la actitud del tráfuga, aun ejerciendo un derecho individual, altera el equilibrio de fuerzas en desmedro del grupo político con el que concurrió a las elecciones y en beneficio de otro grupo, así como altera la

⁶⁷ ALONSO MAS, María José: “El discutible régimen jurídico de los concejales ...” op. cit., p. 96.

⁶⁸ GONZÁLEZ DEL TESO, Teodosio: “Transfuguismo y concejales no adscritos ...” op. cit., pp. 53 y 54.

representatividad democrática porque la votación a un partido político no se hace sólo por la calidad de las personas que integran las listas sino también por la perspectiva política e ideológica que tienen⁶⁹.

Y además, no conlleva *per se* una limitación de las facultades de los concejales que constituyen el núcleo de sus funciones representativas, pues, para el Tribunal, para los miembros de las corporaciones provinciales y locales, entre los derechos que constitucionalmente pertenecen al núcleo inherente a la función representativa tenemos las de participar en la actividad de control del gobierno provincial o local (presentar mociones y escritos), la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación (en turno de intervenciones), la de votar en los asuntos sometidos a la votación de este órgano, el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores⁷⁰, así como el derecho a participar en las comisiones informativas y en sus deliberaciones y votaciones⁷¹.

Pero, en el supuesto que a los concejales “no adscritos”, como medidas consecuentes y adicionales, se les prive de estas facultades y funciones representativas nucleares, si se produciría una violación de sus derechos reconocidos constitucionalmente. De esta manera, el contenido constitucional del derecho al desempeño de las facultades del *ius in officium* que tienen los representantes se constituye en el “límite de los límites” que no puede ser restringido por la normativa infraconstitucional⁷².

Acerca de la última facultad mencionada, el Tribunal se pronunció en relación al artículo 33.3 de la Ley 2/2003 de Administración Local de la Comunidad de Madrid que excluía a los concejales “no adscritos” de participar en las comisiones informativas municipales. Al destacar la relevancia de los dictámenes o informes adoptados por estas comisiones para la función de control al gobierno municipal y la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, el Tribunal interpreta que el derecho a participar, con voz y voto, en las comisiones informativas municipales forma parte del núcleo inherente a la función representativa que corresponde a los miembros de la corporación

⁶⁹ STC 9/2012, de 18 de enero, F.J. 4. Ver ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local ...” op. cit., p. 291.

⁷⁰ STC 169/2009, de 9 de julio, F.Js. 3 y 4; y, STC 9/2012, de 18 de enero, F.J. 4.

⁷¹ STC 169/2009, de 9 de julio, F.J. 4; y, STC 246/2012, de 20 de diciembre, F.J. 7.

⁷² CARMONA CUENCA, Encarnación: “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal ...” op. cit., p. 566.

individualmente considerados, sin perjuicio que se garantice la proporcionalidad de su composición y reglas de voto según la representación que tengan los grupos políticos y los concejales “no adscritos”⁷³.

Y en otro caso anterior, el Tribunal concluyó que la decisión de permitir a los concejales “no adscritos” participar asistiendo a las deliberaciones de las comisiones pero sin el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide en el núcleo de las funciones de representación propias de su cargo, por lo que lesionó sus derechos contenidos en el artículo 23.2 de la Constitución Española⁷⁴.

6.- Los Reglamentos Parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas de España.-

Además de la regulación legal de las corporaciones locales, la mayoría de Reglamentos Parlamentarios de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas contemplan la figura del parlamentario “no adscrito”⁷⁵. A su vez, la mayoría de éstos reconoce expresamente que los parlamentarios “no adscritos” gozan sólo de los derechos reconocidos por los Reglamentos a los diputados considerados individualmente⁷⁶.

Al respecto, entre todos ellos, el artículo 39.2 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura dispone que “el diputado que por expulsión o por voluntad propia deje de pertenecer al grupo parlamentario al que estuviera adscrito pasará a tener la condición de diputado no adscrito y no podrá incorporarse a ningún otro grupo parlamentario, ni siquiera al Mixto, durante la legislatura”⁷⁷.

⁷³ STC 246/2012, de 20 de diciembre, F.J. 9. Ver ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local ...” op. cit., p. 292.

⁷⁴ STC 169/2009, de 9 de julio, F.J. 4.

⁷⁵ ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local ...” op. cit., p. 278.

⁷⁶ CID VILLAGRASA, Blanca: “Diputado y grupos parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011, p. 42.

⁷⁷ VÍBORAS JIMÉNEZ, José A.: “El transfuguismo en la Asamblea de Extremadura”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 459 y 460.

A renglón seguido, debe destacarse que se regula con cierto detalle el estatuto jurídico de los diputados “no adscritos”⁷⁸, y un órgano parlamentario que resuelva las cuestiones que pudieran plantearse sobre sus facultades de actuación. El artículo 39.5 señala que “los diputados no adscritos gozarán sólo de los derechos reconocidos reglamentariamente a los diputados considerados de forma individual” y “no tendrán derecho a las percepciones derivadas de la dedicación exclusiva ni a los derechos económicos propios de los grupos parlamentarios”.

Pero, además el artículo 39.5, parte final, señala que “la Mesa de la Cámara garantizará (a los diputados “no adscritos”) los medios materiales para el desempeño de sus funciones parlamentarias”, y el artículo 39.6 que “la Mesa de la Cámara, oída la Junta de Portavoces, decidirá el procedimiento para la intervención en el Pleno y en las comisiones de los diputados no adscritos, así como su pertenencia a éstas”, agregando que “respetará, en todo caso el derecho a formar parte de al menos una comisión”, y finalmente, que “corresponde, asimismo, a la Mesa, oída la Junta de Portavoces, resolver cuantas cuestiones pudieran plantearse en relación con la situación y posibilidades de actuación de los diputados no adscritos en el marco del presente Reglamento”.

Por último, conviene precisar que el artículo 39.4 contempla que “en cualquier momento el diputado no adscrito podrá retornar al grupo parlamentario al que hubiese pertenecido siempre que medie el parecer favorable de la mitad más uno de los miembros de dicho grupo; consentimiento que será expresado por el portavoz del Grupo ante la Mesa, la cual tomará conocimiento de ello”.

La cláusula que señala que los diputados “no adscritos” tienen los derechos individualmente reconocidos por el Reglamento a los diputados, es adoptada en el artículo 24.5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía⁷⁹, el artículo 34.2 del Reglamento del

⁷⁸ TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier y NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar: “Normativa sobre el transfuguismo...” op. cit., pp. 114 y 115.

⁷⁹ VÍBORAS JIMÉNEZ, José A.: “El transfuguismo en el Parlamento de Andalucía”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 322.

Parlamento de Cataluña⁸⁰ y el artículo 43.2 del Reglamento de la Asamblea de Madrid⁸¹, entre otros.

Las cláusulas que facultan a la Mesa, oída a la Junta de Portavoces, a decidir el procedimiento para la intervención de los diputados “no adscritos” en el Pleno y en las comisiones, y la pertenencia en éstas respetando el derecho a formar parte al menos de una de ellas, así como resolver cuantas cuestiones pudieran plantearse en relación con la situación y posibilidades de actuación de los diputados “no adscritos”, están incorporadas en el artículo 24.6 del Reglamento del Parlamento de Andalucía y el artículo 43.4 del Reglamento de la Asamblea de Madrid⁸². El derecho de cada diputado “no adscrito” a formar parte de una comisión y que la Mesa decida la comisión a la que se incorpora, está previsto en el artículo 34.2 del Reglamento del Parlamento de Cataluña⁸³.

7.- La Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en relación a la demanda de inconstitucionalidad contra la modificación reglamentaria.-

El Tribunal Constitucional del Perú emitió la Sentencia de 29 de agosto de 2017, Exp. N° 00006-2017-PI, declarando fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad e inconstitucional el artículo 37, numeral 5, del Reglamento del Congreso, incorporado por la Resolución Legislativa N° 007-2016-2017-CR, por vulnerar la libertad de conciencia, la garantía de la inviolabilidad de los votos y opiniones, el principio de prohibición del mandato imperativo y el derecho de participación política de los congresistas reconocidos por los artículos 2, numeral 3, 93 y 31 de la Constitución Política.

Como primera cuestión, para el Tribunal, la modificación reglamentaria impugnada es inconstitucional por afectar el derecho a la libertad de conciencia de los congresistas y la garantía de la inviolabilidad de los votos y opiniones reconocidos por los artículos 2, numeral 3, y 93 de la Constitución, en la medida que (i) no distingue aquellos casos de retiro, renuncia, separación o expulsión de un grupo parlamentario en razón a convicciones políticas o ideológicas, como manifestaciones del derecho a la

⁸⁰ VISIEDO MAZÓN, Francisco J.: “El transfuguismo en el *Parlament de Catalunya*”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 290.

⁸¹ GILBAJA CABRERO, Estela: “La figura del parlamentario no adscrito” op. cit., p. 177.

⁸² Idem, p. 178; y CID VILLAGRASA, Blanca: “Diputado y grupos parlamentarios” op. cit., pp. 44 y 45.

⁸³ VISIEDO MAZÓN, Francisco J.: “El transfuguismo en el *Parlament de Catalunya*” op. cit., p. 290.

libertad de conciencia, y *(ii)* no supera el test de proporcionalidad en cuanto a los principios de necesidad y de proporcionalidad estricto⁸⁴.

En relación al punto primero *(i)*, el Tribunal consideró que la modificación reglamentaria afecta la libertad de conciencia y la inviolabilidad de los votos y opiniones de los congresistas, porque la prohibición de conformar nuevos grupos parlamentarios o de adherirse a uno constituido se aplica de manera mecánica o automática a cualquier congresista que se retire, renuncie, sea separado o expulsado de su grupo parlamentario de origen, sin atender a la motivación que pueda tener el representante que lo conlleve a su retiro, renuncia, separación o expulsión⁸⁵.

El Tribunal estimó que para la represión del transfuguismo debe tenerse en cuenta tanto el elemento objetivo: dejar el grupo parlamentario, como el subjetivo: la motivación o móvil que tiene el congresista. La modificación reglamentaria al reprimir sólo el elemento objetivo, dejando de lado el subjetivo, puede prestarse a que se adopten represalias en los casos de transfuguismo legítimo⁸⁶. Para el Tribunal, constituye transfuguismo legítimo aquéllos supuestos en los que el congresista, en ejercicio de su libertad de conciencia y al amparo de la inviolabilidad de sus votos y opiniones, se retira o renuncia, o es separado o expulsado por emitir un voto o realizar una acción en contra de lo acordado por su bancada, rompiendo la disciplina partidaria, por el motivo de estar en desacuerdo con la línea política asumida por su grupo parlamentario con posterioridad a la elección, que no es la misma que tuvo originalmente al momento de las elecciones⁸⁷. A diferencia de ello, un acto de transfuguismo ilegítimo supone un beneficio de carácter económico para el congresista, y también puede implicar la afectación de bienes jurídico-penales por la comisión de delitos de cohecho pasivo propio y de enriquecimiento ilícito, entre otros⁸⁸.

Acerca del punto segundo relativo al test de proporcionalidad *(ii)*, si bien la medida adoptada por la modificación reglamentaria tiene como fin idóneo, por lo menos, la posibilidad abstracta de garantizar los principios de la democracia representativa y la

⁸⁴ Sentencia de TCP de 29 de agosto de 2017, Exp. N° 00006-2017-PI/TC, F.J. 102.

⁸⁵ Idem, F.J. 88.

⁸⁶ Ibidem. Ver en contra Voto Singular de Ernesto Blume Fortini, F.J. 8; el magistrado Blume no comparte las distinciones entre transfuguismo legítimo o ilegítimo y afirma que el transfuguismo no es bueno o malo, sino que simplemente es transfuguismo que desnaturaliza el sistema de partidos propugnado por la Constitución.

⁸⁷ Idem, F.J. 89.

⁸⁸ Idem, F.J. 59.

representación proporcional, al buscar que los grupos parlamentarios constituidos mantengan su representatividad inicial, coincidente con la voluntad de los electores expresada en las urnas⁸⁹, el Tribunal manifestó que no cumplía los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto⁹⁰.

El Tribunal menciona que existen otras medidas alternativas que pueden reemplazarla y deben ser adoptadas por los grupos parlamentarios para evitar la fragmentación de los grupos sin incidir en la libertad de conciencia de los congresistas; por ejemplo, permitir a los congresistas la libertad de votar de acuerdo a un criterio de conciencia en ciertos casos sensibles, pero en otros temas si quedan obligados a la decisión mayoritaria del grupo, o que los que sean separados puedan retornar al grupo luego de un período de tiempo y cuando reanuden la coincidencia de intereses⁹¹.

Además, la limitación del derecho a la libertad de conciencia resulta grave con respecto al grado de satisfacción de los principios de democracia representativa y representación proporcional, pues a través de esta prohibición se podría afectar el ejercicio normal del mandato parlamentario, porque los congresistas estarían impedidos de ejercer su voto a conciencia por temor a las represalias de sus grupos conducentes a salir de los mismos y no puedan formar uno nuevo ni adherirse a otro existente, lo que produciría un mandato imperativo de los partidos hacia los congresistas, vaciándose de contenido las garantías de prohibición de mandato imperativo y de inviolabilidad de votos y opiniones previstas por el artículo 93 de la Constitución⁹².

Al no haber hecho distinciones, la modificación reglamentaria es inconstitucional por vulnerar el principio de prohibición del mandato imperativo al establecer una medida que favorece de manera amplia y genérica la vigencia de la disciplina parlamentaria por sobre la actuación independiente del congresista, que incluye situaciones en las que se requiere la adopción de un voto de conciencia y en pro de la ciudadanía, que constituye un ámbito protegido por la prohibición constitucional del mandato imperativo⁹³. De esta manera, que la norma no haga distinciones produce situaciones en las que la disciplina del partido se torne en un auténtico mandato imperativo del grupo parlamentario sobre el

⁸⁹ Idem, F.J. 97 a.

⁹⁰ Idem, F.J. 97 b y c.

⁹¹ Idem, F.J. 97 b.

⁹² Idem, F.J. 97 c.

⁹³ Idem, F.J. 146.

parlamentario, que fortalece de manera desmedida la voluntad del grupo, sin permitir la disidencia en aquellos temas en los que la Constitución permite un voto de conciencia⁹⁴.

Pero además, el Tribunal con esta sentencia ya se aproximó a configurar la protección del desempeño y ejercicio del mandato parlamentario de los congresistas adoptado hace muchos años como la doctrina del *ius in officium* por la jurisprudencia española, utilizando como base el derecho fundamental a la participación política de los ciudadanos reconocido por los artículos 2, numeral 17, y 31 de la Constitución, y la configuración legal de los derechos funcionales que tienen los congresistas regulados por el artículo 22 del Reglamento del Congreso⁹⁵.

El Tribunal concuerda los artículos 2, numeral 17, y 31 para afirmar como manifestaciones los derechos a postular, ser elegido y ejercer un cargo de representación popular, que exige que los congresistas puedan desempeñar los importantes mandatos previstos por la Constitución de manera plena y adecuada, para lo cual es necesario que cuenten con el estatuto especial regulado por el artículo 22 del Reglamento del Congreso, que consagra los derechos funcionales que tienen de manera individual por razón del cargo que ostentan para que puedan cumplir las funciones asignadas por la Constitución al Congreso de la República⁹⁶.

La labor congresal, que no es otra cosa que el mandato parlamentario o representativo, comprende diversas facultades y atribuciones reconocidas por los Artículos 97°, 101°, 102° y 104° y desarrolladas por los Artículos 4°, 5° y 6° del Reglamento del Congreso, relacionadas con las tres funciones esenciales que tiene: a) la función legislativa, b) la función de control político, y c) las funciones especiales referidas a la designación o elección de autoridades así como su remoción⁹⁷.

Y el Artículo 22° del Reglamento consagra las atribuciones que les corresponden a los congresistas para el ejercicio de dichas funciones, como son, entre otros: a) participar con voz y voto en las sesiones del Pleno y cuando sean miembros en las de la Comisión Permanente, de las comisiones, del Consejo Directivo, de la Junta de Portavoces y de la

⁹⁴ Idem, F.J. 147.

⁹⁵ Idem, F.J. 123.

⁹⁶ Idem, F.Js. 123 y 124. En contra de la interpretación adoptada por la mayoría del Tribunal, ver Voto Singular de Ernesto Blume Fortini, F.J. 7.

⁹⁷ Idem, F.J. 73.

Mesa Directiva; b) a pedir los informes que estimen necesarios al Gobierno y la Administración y obtener una respuesta oportuna; y c) a presentar proposiciones de ley⁹⁸.

Para el Tribunal, la conformación de un grupo parlamentario constituye también un atributo esencial inherente a la función parlamentaria, en la medida que a través del grupo se cumplen con los mandatos previstos para el Congreso por la Constitución⁹⁹. En tal sentido, la prohibición de conformar grupos parlamentarios o de adherirse a los ya existentes, constituye una restricción irrazonable y desproporcionada al derecho de participación de los congresistas, porque el ejercicio correcto de la función parlamentaria está supeditada casi en su totalidad a la participación en un grupo parlamentario¹⁰⁰.

Entre las funciones que cumplen los congresistas a través de los grupos parlamentarios, el Tribunal menciona presentar la lista de candidatos para la Mesa Directiva, respaldar postulaciones para cargos de la Mesa Directiva del Congreso o de las comisiones, o para miembros de la Comisión Permanente o del Consejo Directivo, presentar propuestas detallando los temas o proyectos de ley que consideren necesarios debatir y aprobar, designar representantes en los órganos parlamentarios como el Consejo Directivo, Junta de Portavoces, Comisión Permanente y comisiones, establecer los voceros a participar en los debates en el Pleno, respaldar los proyectos de ley presentados por los congresistas, y celebrar los acuerdos políticos para la designación de autoridades importantes en el Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Banco Central de Reserva, entre otros¹⁰¹.

Así, la prohibición de conformar grupos parlamentarios o adherirse a los ya constituidos, impide que los congresistas cumplan funciones inherentes al mandato representativo como la participación en las comisiones del Congreso con voz y voto sobre los diversos proyectos de ley y temas de interés que se debatirán en el Pleno. Ello porque de acuerdo al artículo 34 del Reglamento del Congreso, los grupos parlamentarios presentan las propuestas de miembros titulares y accesorios que integrarán las comisiones de trabajo, y que, con los avales de la Presidencia del Congreso y el Consejo Directivo, son aprobadas por el Pleno, en base a los principios de pluralidad, proporcionalidad y especialidad en la materia. Si los congresistas renunciantes o

⁹⁸ Idem, F.J. 74.

⁹⁹ Idem, F.J. 126

¹⁰⁰ Idem, F.J. 125.

¹⁰¹ Ibidem.

expulsados de su grupo parlamentario, no pueden conformar otro grupo o adherirse a otro existente, no podrán formar parte de las comisiones¹⁰².

Si bien el Tribunal comparte el objetivo de combatir el transfuguismo y fortalecer los grupos parlamentarios, estima que estas medidas restringen de manera irrazonable y desproporcionada las funciones que cumplen los congresistas inherentes al mandato parlamentario. Para el Tribunal, entre otras, en los casos de transfuguismo ilegítimo se pueden aplicar medidas de carácter sancionatorio a través del Código de Ética del Congreso, el procedimiento de juicio político por infracción constitucional, y los procesos penales por la comisión de delitos; y, en los supuestos de disidencia sin móvil reprochable se puede crear un Grupo Mixto, regulando sus atribuciones y que pueden ser menores a las de los grupos parlamentarios respecto de ciertas funciones que ejerzan observando la proporcionalidad de la representatividad que tengan los grupos¹⁰³.

8.- La dudosa constitucionalidad de la modificación reglamentaria que contempla a los congresistas “no agrupados”.-

A nuestro criterio, la modificatoria del Reglamento del Congreso que contempló a los congresistas “no agrupados” o “no adscritos” debe analizarse constitucionalmente a través del test de proporcionalidad, y sus subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, para verificar si es contraria o no a los derechos fundamentales de los parlamentarios, reconocidos por el artículo 31, párrafo primero, de la Constitución Política del Perú, y el artículo 23.1, literal c, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien configuró el desempeño del mandato como parte de este tipo derechos, el Tribunal Constitucional no analizó a través del test si fueron violados por la reforma reglamentaria.

Para el respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales de los parlamentarios, y adoptar medidas limitativas destinadas a salvaguardar otros derechos o bienes constitucionales, el principio de proporcionalidad exige comprobar si la medida limitativa dispuesta por el legislador sobre un derecho fundamental, cumple tres subprincipios relacionados con otro derecho o bien jurídico constitucional.

¹⁰² Idem, F.J. 128.

¹⁰³ Idem, F.J. 132.

El primero es el subprincipio de idoneidad (*i*), por el que se exige que la medida limitativa sea susceptible de perseguir y alcanzar el objetivo o fin propuesto, excluyendo la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los fines para los que han sido adoptados. El segundo, el subprincipio de necesidad (*ii*), que consiste en determinar si dicha medida limitativa es absolutamente necesaria en el sentido de no existir otra alternativa más moderada para la prosecución de dicho fin con igual eficacia, en tanto que si existen dos o más medios idóneos para el fin perseguido, se debe optar por el que sea menos lesivo del derecho fundamental por intervenir en menor grado y ocasionar menores perjuicios. Y el tercero, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* o de ponderación (*iii*), por el que se examina si la medida limitativa es proporcionada en sentido estricto, es decir si es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre el derecho pues la ley de ponderación dice que cuanto mayor sea el grado de afectación para el segundo, tanto mayor debe ser el grado de satisfacción del primero¹⁰⁴.

Primero (*i*), en relación a su idoneidad, la medida reglamentaria que considera a los congresistas “no agrupados” tiene como fin constitucional legítimo: promover el fortalecimiento de los grupos parlamentarios y desincentivar su fragmentación, para proteger como bien constitucional a la adscripción política con la que los candidatos concurren a las elecciones y son elegidos como representantes del pueblo, evitando que se altere el equilibrio de fuerzas en desmedro del partido político con el que concurrió a las elecciones y en beneficio de otro grupo, así como que se altere la representatividad democrática porque la votación a un partido no se hace sólo por las personas que integran las listas sino también por la perspectiva política, ideológica y programática que tienen, como lo justifica el Tribunal Constitucional Español.

¹⁰⁴ BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales por el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 686-803; GONZÁLES BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 54; ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 91-95 y 520-546; ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Enero-Abril 2011, pp. 11-29; ALEXY, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero-Junio 2009, pp. 8-13; y, ALEXY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, Robert: *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 56-65.

La Constitución Política del Perú en el artículo 35 señala que las organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, y el artículo 94 que la organización y las atribuciones de los grupos políticos está prevista por el Reglamento que aprueba el Congreso.

Si bien la libertad del mandato que tiene el representante impide que determinen la permanencia y el cese, los partidos políticos cumplen una función constitucionalmente reconocida y la adscripción política del representante: su pertenencia a uno u otro grupo político, es un factor jurídico-constitucional relevante que modula dicha libertad en el desempeño de sus facultades y funciones parlamentarias¹⁰⁵. Tienen una función mediadora en la relación inmediata existente entre representantes y representados, que no interfiere en sus elementos esenciales¹⁰⁶.

Los partidos políticos consagrados constitucionalmente como expresión del pluralismo político, constituyen cauces para la formación y manifestación de la voluntad popular e instrumentos fundamentales para la participación política de los ciudadanos; por ello, la adscripción política de los representantes electos tienen relevancia jurídica y su adscripción no puede ser ignorada por las disposiciones infraconstitucionales que regulan la estructura interna del órgano parlamentario en el que se integran¹⁰⁷. No es un mero dato ideológico o sociológico sino un factor jurídicamente relevante¹⁰⁸.

Segundo (*ii*), en cuanto a su necesidad, para alcanzar el fin perseguido, la modificatoria reglamentaria de considerar a los congresistas como “no agrupados” no debe tener medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas.

Esto requiere un análisis comparativo de medidas posibles en cuanto a su gravosidad sobre el derecho en cuestión. Tenemos tres a saber en distintos niveles que van desde la más drástica hasta la menos gravosa: una (*i*): la medida de privación o

¹⁰⁵ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* op. cit., p. 172; y, ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: “Representación política, participación política representativa y mediación partidista del vínculo entre representantes y representados en la CE de 1978”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 99 y 100.

¹⁰⁶ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental* op. cit., pp. 172-174; y, ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: “Representación política, participación ...” op. cit., pp. 99 y 100.

¹⁰⁷ STC 32/1985, de 6 de marzo, F.J. 2.

¹⁰⁸ ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: “Representación política, participación ...” op. cit., p. 99.

pérdida del escaño parlamentario, dos (ii): la de permanecer como congresistas “no agrupados”; y tres (iii): la de pasar a integrar un Grupo Mixto o especial para estos congresistas. Esta relación no pretende agotar el elenco de medidas.

La medida de privar del escaño a los congresistas, que implica la pérdida del mandato parlamentario, es demasiado gravosa porque afecta la relación de representación entre los congresistas y el pueblo, basada en la libertad de mandato, y lesiona el derecho de permanencia del congresista elegido, colocando al partido o grupo político como parte de la relación que sustituye la posición del representante que fue elegido popularmente, pudiendo determinar unilateralmente la vacancia del cargo y su reemplazo por un accesitario. Al respecto, el artículo 160.1, literal c, de la Constitución de Portugal prescribe que los diputados pierden el mandato parlamentario si se inscriben en un partido distinto de aquél en el que se presentaron en la elección¹⁰⁹.

Si bien la medida que deja a los parlamentarios como “no agrupados” parte por reconocer su derecho de permanencia en el cargo y en abstracto las facultades individuales, *uti singuli*, para el ejercicio de su función representativa, lo que sí produce es la supresión concreta de estos derechos del *ius in officium* para los que requiere, *uti socii*, estar en un grupo parlamentario, lo que disminuye su función y derechos como representante.

Pero, a diferencia, la medida de pasar a integrar el Grupo Mixto, adscribe funcionalmente, aunque forzosamente, al congresista a un grupo especial para estos casos, privado de adscripción política, ideológica y programática, pero que le permite que pueda desempeñar las facultades del *ius in officium*, tanto *uti singuli* como *uti socii*, y ejercer las funciones parlamentarias durante el período del mandato para que el que fue elegido.

El Grupo Mixto al que aquí nos referimos no es el Grupo Parlamentario Mixto incorporado por la reciente Resolución Legislativa del Congreso N° 003-2017-2018-CR.

A diferencia de los grupos parlamentarios, el Grupo Mixto se acerca más a la figura de la corporación, porque su constitución se deriva directamente de los reglamentos parlamentarios, y la afiliación obligatoria manifiesta un carácter necesario¹¹⁰, pues la

¹⁰⁹ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: “El transfuguismo parlamentario en Portugal”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DÍAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 166.

¹¹⁰ MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales* op. cit., p. 349.

experiencia de la práctica parlamentaria ha demostrado que la incorporación de los parlamentarios a los grupos tiende a mejorar el funcionamiento y la representatividad de las cámaras, en ocasiones incompatible con prácticas personalistas que obstaculizaban su pleno desarrollo. La integración a los grupos se hace cada vez más imperiosa como consecuencia de la propia dinámica de las cámaras, y para el parlamentario individual el pertenecer a un grupo es una necesidad en la medida que quiera cumplir mejor el mandato para el que ha sido elegido por la voluntad popular¹¹¹.

De esta manera, la incorporación a un Grupo Mixto asegura que el congresista cumpla con sus funciones representativas a plenitud, tanto *uti singuli* como *uti socii*, configurándose como una medida más moderada y por tanto menos gravosa. Si la alternativa del Grupo Mixto no respondiera eficazmente en la atención del problema, no hay que descartar en definitiva la posibilidad del parlamentario no agrupado en cuanto se respetan su permanencia en el cargo y sus facultades individuales, *uti singuli*, como representante, a cambio de la supresión de ciertos derechos, *uti socii*, en cuanto miembro de un grupo, dirigidos a satisfacer un fin legítimo referido al bien constitucional de la adscripción política con la que los candidatos concurren a las elecciones y son elegidos popularmente.

Tercero (*iii*), en relación a la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la medida reglamentaria debe contemplar que cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho tanto mayor tiene que ser el grado de satisfacción del otro bien constitucional protegido. Al colocar al congresista como no agrupado se impide que desempeñe ciertas facultades del *ius in officium* y cumpla sus funciones parlamentarias para las que requiere, *uti socii*, tener la adscripción de un grupo parlamentario, lo que no ocurre si pasa a integrar el Grupo Mixto. Sin embargo, el grado de afectación incide sobre los derechos del grupo parlamentario, *uti socii*, que son suprimidos al parlamentario no agrupado, lo que guarda relación adecuada con el grado de satisfacción del bien constitucional protegido en cuanto se busca promover el fortalecimiento de los grupos parlamentarios alrededor de la adscripción política con la que los congresistas fueron elegidos, y desincentivar su fragmentación.

La modificación reglamentaria supera el test de proporcionalidad en cuanto a los subprincipios de idoneidad y de ponderación o proporcionalidad estricta, salvo una única

¹¹¹ SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios* op. cit., pp. 118 y 119.

objeción arrojada en el subprincipio de necesidad de la medida en cuanto es posible adoptar una medida reglamentaria menos gravosa (pasar a un Grupo Mixto), aunque descarta otra más drástica (la privación del escaño), por lo que aparece al menos una duda de su constitucionalidad fundada en que no es indispensable por aparecer una medida moderada y menos perjudicial.

9.- La inconstitucionalidad de los efectos adicionales de la modificación reglamentaria.-

Si bien la modificación reglamentaria dispuso que los congresistas pasen a la condición de “no adscritos” o “no agrupados”, para privarlos de pertenecer a un grupo parlamentario y de sus beneficios materiales y económicos, esta medida no puede extenderse y afectar en ningún caso los derechos y facultades del *ius in officium, uti singuli*, que tienen como parlamentarios individualmente considerados¹¹².

La medida reglamentaria al modificar el Reglamento del Congreso aprobado bajo el principio fundamental de la adscripción a grupos parlamentarios, no introdujo disposiciones complementarias adicionales que garanticen que los congresistas “no agrupados” puedan desempeñar todas sus facultades individuales, en igualdad de condiciones a las de los demás congresistas pertenecientes a grupos; por el contrario, se han generado efectos adicionales que lesionan gravemente sus facultades individuales relacionadas con el núcleo de la función representativa protegida constitucionalmente.

Así, si bien la reforma reglamentaria prohíbe que los congresistas “no agrupados” postulen a cargos directivos de la Mesa Directiva ni de las comisiones porque se requiere hacerlo como miembro de un grupo, no ha previsto que el congresista no agrupado pueda hacer el uso de la palabra por estar sujeto al acuerdo del Consejo Directivo a favor de los congresistas de los grupos y a sus voceros, en relación proporcional a la presencia de éstos en el Congreso (art. 55, lit. c, Reglamento del Congreso de la República), y tampoco que pueda formar parte de las comisiones ordinarias (art. 34) ni de investigación (art. 88, lit. a) que se conforman por el Presidente del Congreso, con acuerdo del Consejo Directivo para las primeras, y aprueban por el Pleno, en función de las propuestas de los grupos y

¹¹² GARCÍA ROCA. Javier: “Representación política y transfuguismo ...” op. cit., pp. 80 y 81; y, ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local ...” op. cit., p. 281. Ver STC 169/2009, de 9 de julio, F.Js. 3 y 4; STC 9/2012, de 18 de enero, F.J. 4; y, STC 246/2012, de 20 de diciembre, F.J. 7.

la proporcionalidad de los mismos¹¹³, a pesar que los congresistas tiene derecho reconocido a pertenecer no menos de a una comisión (art. 34, párr. final).

Esta situación ocurre también con la Comisión Permanente del Congreso, que cumple con sus funciones constitucionales durante el funcionamiento ordinario del Congreso, su receso y en el interregno parlamentario en caso de disolución. Ello porque la Comisión Permanente está integrada por no menos de 20 congresistas elegidos por el Pleno, guardando la proporcionalidad de los representantes de cada grupo parlamentario (art. 42, párr. final), no habiéndose previsto que los congresistas “no agrupados” puedan tener acceso y formar parte de la misma.

Estas consecuencias lesivas sobre los derechos individuales al uso de la palabra y a formar parte de las comisiones ordinarias y de investigación así como la Comisión Permanente, vulneran el desempeño de facultades individuales del *ius in officium, uti singuli*, del congresista no agrupado, relacionadas con el núcleo de las funciones de representación, legislación y control, reconocidas constitucionalmente¹¹⁴.

Tampoco se ha previsto un órgano parlamentario como la Mesa Directiva, oída la Junta de Portavoces, o el Consejo Directivo, que adopte las decisiones para que los congresistas “no agrupados” puedan intervenir y hacer el uso de la palabra en el Pleno y en las comisiones, decida su pertenencia a las comisiones por lo menos a una de ellas, y pueda resolver las controversias que pudieran plantear dichos congresistas en relación a las facultades de actuación individual que tienen conforme al Reglamento.

En todo caso, debe observarse que al Presidente del Congreso, o *the speaker of the house*, le corresponde proteger los derechos y atribuciones de los congresistas según lo contempla el artículo 32, literal a, del Reglamento, tratando de seguir el estilo de *the mother of parliaments*: el Parlamento inglés.

10.- La segunda modificación del Reglamento del Congreso que mantiene a los congresistas “no agrupados” e incorpora el Grupo Parlamentario Mixto.-

El mismo día de la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional, sorpresivamente, el Congreso de la República aprobó la Resolución Legislativa N° 003-2017-2018-CR modificando el artículo 37 del Reglamento del Congreso. Con esta

¹¹³ Sentencia de TCP de 29 de agosto de 2017, Exp. N° 00006-2017-PI/TC, F.J. 128.

¹¹⁴ Ibidem.

segunda modificación reglamentaria, el numeral 5 del artículo 37 mantiene la prohibición a los congresistas que renuncien, sean separados o expulsados del grupo parlamentario por el que fueron elegidos, de constituir nuevo grupo o adherirse a otro, pero contemplando en los numerales 5, 6 y 7 dos supuestos de excepción que permiten que puedan optar por adherirse a otro grupo o integrar el denominado Grupo Parlamentario Mixto.

Estos supuestos excepcionales son: el primero (*i*), cuando el congresista renunciante lo haya hecho por vulneración a las garantías del debido procedimiento o a los derechos reconocidos por el reglamento interno del grupo, y recurre por dichas razones, en primera instancia, ante el mismo grupo, y, en segunda y definitiva instancia, ante el Consejo Directivo; y el segundo (*ii*), si el congresista expulsado de manera irregular acciona en primera instancia ante la Junta de Portavoces, y, en segunda y definitiva instancia, ante el Consejo Directivo, agotando la instancia parlamentaria, y obteniendo la revocación o anulación de la sanción. En este segundo supuesto, el congresista podrá optar además por regresar a su grupo.

El Grupo Parlamentario Mixto al cumplir lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 37, tiene los mismos derechos y atribuciones que corresponden al grupo integrado por el menor número de congresistas al inicio del período parlamentario, y con respeto a los principios de proporcionalidad y pluralismo. El numeral 1 del artículo 37 señala que el grupo se constituye siempre que cuente con un número mínimo de 5 congresistas.

La creación y regulación del Grupo Parlamentario Mixto previsto por la nueva modificación reglamentaria no responde precisamente a la naturaleza y fines constitucionales que debe tener el Grupo Mixto para su funcionamiento en el Parlamento, porque está destinado, primero (*i*), a actuar como una garantía para asegurar la funcionalidad de la cámara y ordenar el trabajo parlamentario organizado a través de los grupos, y segundo (*ii*), como medio de salvaguarda de la función representativa que tienen los parlamentarios y permitir el desempeño de sus facultades del *ius in officium*, tanto *uti singuli* como *uti socii*.¹¹⁵

En tal sentido, el Grupo Mixto reúne a todos los parlamentarios que no integran un grupo parlamentario para ordenar su actuación a través de un grupo y facilitar el

¹¹⁵ ARRUEGO, Gonzalo: "Sobre la constitucionalidad del "diputado no adscrito"" op. cit., pp. 118-120.

desempeño y ejercicio de sus facultades; es decir, aquéllos que no acceden desde el inicio de las actividades parlamentarias, después de la elección, a formar o integrar uno, entre los que están los que no alcanzan el número mínimo exigido para hacerlo, y además aquéllos llamados tráfugas que sobrevenidamente renunciaron o fueron expulsados del grupo al que pertenecían.

Sin embargo, el Grupo Parlamentario Mixto regulado por la modificación reglamentaria está destinado a reunir exclusivamente a los congresistas que renunciaron por violación de sus derechos, y los que fueron expulsados irregularmente con violación de los mismos, sin tener acceso aquellos parlamentarios que por cualquier otro motivo no pudieron constituir ni formar grupo propio, y que resulta indispensable que estén adscritos al Grupo Mixto para ordenar su actuación parlamentaria y asegurar el ejercicio de sus facultades del *ius in officium* como representantes elegidos por el pueblo. De allí que el requisito del número mínimo de congresistas para constituir grupos parlamentarios no sea exigible para formar el Grupo Mixto.

Por otra parte, la modificación reglamentaria mantiene la prohibición a los congresistas que renuncien o sean expulsados de sus grupos de constituir nuevo grupo o adherirse a otro, declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional. Si bien ahora se contemplan los dos supuestos excepcionales que permiten que puedan adherirse a otro grupo o integren el Grupo Parlamentario Mixto, la modificación contraviene expresamente lo que el Tribunal ha interpretado que es un atributo esencial inherente a la función parlamentaria: la conformación de un grupo parlamentario, en la medida que a través del grupo se cumplen con los mandatos previstos para el Congreso por la Constitución, y la prohibición de conformar grupos parlamentarios o de adherirse a los ya existentes, constituye una restricción irrazonable y desproporcionada al derecho de participación de los congresistas, porque el ejercicio correcto de la función parlamentaria está supeditada a la participación en un grupo parlamentario¹¹⁶.

Al respecto, treinta y nueve congresistas interpusieron el día 11 de enero de 2018 una demanda de inconstitucionalidad ante el mismo Tribunal contra la Resolución Legislativa N° 003-2017-2018-CR, por vulnerar los artículos de la Constitución al desconocer y desacatar la sentencia previa, a fin que también la derogue.

¹¹⁶ Sentencia de TCP de 29 de agosto de 2017, Exp. N° 00006-2017-PI/TC, F.J. 125 y 126.

Si bien existe esta objeción fundada, existe por lo menos una coincidencia curiosa entre el Tribunal Constitucional y el Congreso. La recomendación del Tribunal de crear el Grupo Mixto para los congresistas disidentes con móvil no reprochable, está en parte recogida peculiarmente por la nueva modificación reglamentaria cuando contempla la opción del Grupo Parlamentario Mixto para los supuestos excepcionalmente previstos. Pero si hay cierta contradicción si interpretamos en términos absolutos la conformación de un grupo parlamentario como atributo esencial de la función parlamentaria, constitucionalmente protegido según el Tribunal.

Ahora lo que no se entiende es que quedando integrado el Grupo Parlamentario Mixto por congresistas disidentes con móvil no reprochable, la modificación reglamentaria equipare sus derechos a los que tiene el grupo de menor número de congresistas al inicio del período parlamentario, cuando tales derechos deben ser proporcionales al número de congresistas que forman parte del mismo, de manera que se permita que los parlamentarios ejerzan sus facultades del *ius in officium*, en igualdad de condiciones a los demás. Todos los grupos parlamentarios, incluyendo al Grupo Parlamentario Mixto, deben tener derecho a contar con personal, recursos y ambientes en proporción al número de sus miembros para el desarrollo de sus funciones, como lo establece el artículo 37, párrafo penúltimo, del Reglamento del Congreso.

Finalmente, la modificación reglamentaria habilita como instancias de revisión de las decisiones de los grupos parlamentarios al Consejo Directivo en el primer supuesto de excepción, y a la Junta de Portavoces y el Consejo Directivo para el segundo; sin embargo, se parte de una concepción equivocada del grupo parlamentario, éste no es un órgano parlamentario como tampoco un órgano partidario, es una asociación de parlamentarios, configurada reglamentariamente, que goza de autonomía en relación a los partidos y al Parlamento¹¹⁷, para que ellos puedan ejercer, con libertad e independencia, sus facultades *uti singuli* y *uti socii*. Las decisiones de los grupos en relación a sus miembros no pueden ser impugnables ante órganos parlamentarios a los que se atribuye incorrectamente una posición superior jerárquica, porque no son órganos parlamentarios ni lo pueden ser.

¹¹⁷ SANZ PÉREZ, Ángel L.: "La naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios. Una aproximación al proceso de juridificación de los grupos parlamentarios", en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 10, 2001, pp. 354-361.

Además, todo ello porque el Consejo Directivo y la Junta de Portavoces están integrados por los miembros de la Mesa Directiva y de los portavoces de los demás grupos parlamentarios, con presencia predominante de la mayoría parlamentaria, cuyas decisiones pueden afectar a los grupos de las minorías políticas en cuanto a los congresistas individuales que los integran y en las relaciones entre ellos, y lesionar de esta manera su libertad e independencia así como negar el pluralismo político y la oposición política, principios fundamentales del Estado de Derecho y del mandato representativo en el Parlamento, reconocidos y protegidos por la Constitución.

La reforma reglamentaria en este sentido pretende encubrir una peligrosa arma para que la mayoría parlamentaria pueda llevar a cabo sus propios intereses, dominando con sus decisiones a los grupos minoritarios y congresistas individuales, y reclutándolos a su antojo si se apartan de sus grupos o provocando que lo hagan, impidiendo que la oposición parlamentaria actúe a través de ellos y se enfrente legítimamente, como contrapoder, ante el ejercicio abusivo del poder que detenta la mayoría en el Parlamento.

No olvidemos que los parlamentarios que actúan como representantes de los ciudadanos, se constituyen en el vehículo para hacer llegar la opinión del pueblo y de los diversos grupos sociales *ad intra* al Parlamento y controlar a las mayorías parlamentarias, y *ad extra* al Gobierno, en una verdadera lucha política a fin de garantizar el Estado de Derecho y la separación de poderes¹¹⁸. En este contexto, las acciones e iniciativas de los representantes y los grupos minoritarios de oposición deben ser facilitadas y protegidas frente a los abusos que pudieran cometer las mayorías para frustrarlas e impedir su participación y actividad, y cuando hagan uso arbitrario y represivo de las potestades de las cámaras para debilitarlos y silenciarlos¹¹⁹.

Sobre el particular, el respeto de los derechos de las minorías opositoras se convierte en un elemento fundamental del régimen democrático, como portadores de los intereses de grupos significativos que hacen efectivo el derecho a la participación política del pueblo al formar parte del mismo, y si bien no es la única, para ello no hay mejor

¹¹⁸ SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 40; LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional Análisis del estatuto de la oposición en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 188-190 y 266-269; y, DE VERGOTTINI, Giuseppe: "La forma de oposición garantizada", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 9, 1979, p. 10.

¹¹⁹ TORRES MURO, Ignacio: "Los derechos de los parlamentarios", en *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998, pp. 259-261; y, TORRES MURO, Ignacio: "La disciplina parlamentaria ante el tribunal constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 28, Enero-Abril 1990, pp. 219-221.

técnica en un Estado de Derecho que el reconocimiento de verdaderos derechos exigibles ante los tribunales, al menos en el caso de las facultades más importantes para el ejercicio del mandato parlamentario¹²⁰.

Conclusiones.-

1.- El derecho de los parlamentarios a desempeñar y ejercer efectivamente las facultades del cargo público representativo, que forma parte del contenido constitucional de sus derechos fundamentales reconocidos por los artículos 2, numeral 17, y 31 de la Constitución Política y el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se constituye en el “límite de los límites” frente a las modificaciones sucesivas del Reglamento del Congreso de la República del Perú, que incorporaron y mantienen la figura de los congresistas “no agrupados” como medida de lucha indiscriminada contra el fenómeno del transfuguismo parlamentario.

2.- Esta figura tiene como antecedente en el derecho español a los concejales y diputados “no adscritos” de las corporaciones locales y las asambleas autonómicas respectivamente, más no presente en el Congreso de los Diputados ni en el Senado. Hace años, para juzgar la constitucionalidad de los representantes “no adscritos”, el Tribunal Constitucional Español confrontó esta medida con los derechos fundamentales de los parlamentarios, presentes en el artículo 23.2 de la Constitución, que concretan la participación política de los ciudadanos a través de sus representantes elegidos y que hacen posible que ellos articulen la relación de representación política formando la voluntad estatal y adoptando decisiones en interés de los representados.

Además de las facultades de acceso y permanencia en el cargo público representativo, para el tribunal, éstos se completan con el derecho del titular al desempeño y ejercicio efectivo del mismo para que tenga eficacia y no pueda ser mediatizado ni impedido, formándose una triple dimensión en el derecho fundamental, que otorga a la persona del representante un conjunto mínimo de facultades de actuación individual *uti singuli* o conjunta *uti socii*, correspondientes al *ius in officium*.

¹²⁰ Idem, p. 260.

Entre las potestades más relevantes, que forman parte de su núcleo esencial, intangible para el legislador pero modulable por el test de proporcionalidad, está la de formar parte de un grupo parlamentario.

4.- Para el Tribunal, el trato diferente que se otorga a los “no adscritos” en relación a los adscritos a un grupo político, responde a un fin legítimo de relevancia constitucional: la adscripción política con la que los candidatos concurren a las elecciones y son elegidos representantes, porque el tráfuga altera el equilibrio de fuerzas en desmedro del grupo con el que concurrió y en beneficio de otro, y la representatividad democrática pues la votación a un partido no se hace sólo por la calidad de las personas que integran las listas sino también por la perspectiva política e ideológica que tienen.

Ello es constitucional siempre y cuando no conlleve *per se* una privación del núcleo de las facultades y funciones individuales de los representantes, porque si a través de medidas consecuentes y adicionales fuera así, sí se produciría una violación de su derecho al desempeño de sus facultades reconocidas constitucionalmente.

5.- En el Perú, la modificación reglamentaria de los congresistas “no agrupados” provocó que recientemente el Tribunal Constitucional se aproxime también a configurar la protección del desempeño y ejercicio del mandato parlamentario, a partir del derecho fundamental a la participación política de los congresistas, reconocido por los artículos 2, numeral 17, y 31 de la Constitución Política, que tiene como manifestaciones los derechos a postular, ser elegido y ejercer un cargo de representación popular, y que exige que puedan desempeñar los importantes mandatos previstos por la Constitución de manera plena y adecuada.

6.- Para el Tribunal, la facultad de conformar un grupo parlamentario constituye un atributo esencial inherente a la función parlamentaria, en la medida en que a través del grupo se cumplen con los mandatos previstos por la Constitución; en tal sentido, la prohibición reglamentaria de conformar grupos parlamentarios o de adherirse a los ya existentes, constituye una restricción irrazonable y desproporcionada al derecho de participación de los congresistas, porque el ejercicio correcto de la función parlamentaria está supeditada casi en su totalidad a la participación en un grupo parlamentario.

7.- Si bien no se comparte totalmente la protección absoluta a la que llega el tribunal ni la construcción argumentativa que hace para llegar a ella, tenemos dudas

fundadas en relación a la constitucionalidad de las reformas reglamentarias, basadas en una fundamentación jurídica que completa ciertas omisiones y soluciona desaciertos del tribunal para hacerla más sólida constitucionalmente, utilizando además el test de proporcionalidad, examinando las medidas alternativas posibles, y comparando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Por una parte, el test de proporcionalidad nos permite apreciar que es posible constitucionalmente adoptar medidas reglamentarias dirigidas al fin legítimo de fortalecer los grupos parlamentarios y desincentivar la fragmentación, para proteger el bien constitucional de la adscripción política con la que los candidatos concurren a las elecciones y son elegidos como representantes del pueblo. Sin embargo, por otro lado, obliga a explorar y optar por otras medidas que no sean tan gravosas como la de pasar a integrar un Grupo Mixto o especial para estos congresistas, siempre y cuando puedan desempeñar las facultades del *ius in officium*, tanto *uti singuli* como *uti socii*, durante el período del mandato parlamentario para el que han sido elegidos.

8.- Para finalizar, precisamente, lo que sí es inconstitucional es que la modificación reglamentaria de los congresistas “no agrupados” tenga efectos perjudiciales adicionales, cuando dicha medida y cualquier otra no se pueden extender y afectar en ningún caso el núcleo de los derechos y facultades del *ius in officium*, que tienen los parlamentarios individualmente considerados, *uti singuli*.

Así, la modificación reglamentaria no introdujo disposiciones complementarias que garanticen a los congresistas “no agrupados” que puedan desempeñar sus facultades individuales, en igualdad de condiciones a las de los demás congresistas pertenecientes a grupos, por lo que se han generado efectos adicionales que lesionan gravemente dichas facultades relacionadas con el núcleo de la función representativa protegida constitucionalmente. Ello porque están privados de hacer el uso de la palabra reservado a los congresistas de los grupos parlamentarios y sus voceros, y no pueden formar parte de las comisiones ordinarias ni de investigación por el mismo motivo a pesar de estar reglamentado que pertenezcan no menos a una comisión, y tampoco tienen acceso a formar parte de la Comisión Permanente.

Bibliografía.-

ALEXY, Robert: “Sobre los derechos constitucionales a protección”, en ALEXY, Robert: *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

ALEXY, Robert: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, Enero-Junio 2009.

ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 91, Enero-Abril 2011.

ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ALONSO MAS, María José: “El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 168, Septiembre-Diciembre 2005.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: *Representación política y derecho fundamental*, Madrid, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo: “Representación política, participación política representativa y mediación partidista del vínculo entre representantes y representados en la CE de 1978”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dir.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

ARRUEGO, Gonzalo: “Sobre la constitucionalidad del diputado “no adscrito””, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 99, Septiembre-Diciembre 2013.

ARRUEGO, Gonzalo: “Medidas contra el transfuguismo en el ámbito local: el caso de los representantes locales “no adscritos””, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, N° 6, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales por el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, London, University of Chicago, 2002, T. I.

BURKE, Edmund: “Discurso a los electores de Bristol con ocasión de que los magistrados le declararán formalmente miembro electo del Parlamento por esa ciudad, el jueves 3 de noviembre de 1774”, en BURKE, Edmund: *Revolución y descontento Selección de escritos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

CAAMAÑO, Francisco: “Mandato parlamentario y derechos fundamentales (Notas para una teoría de la representación “constitucionalmente adecuada”)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 36, Septiembre-Diciembre 1992.

CAJALEÓN CASTILLA, Eddie R.: *Los derechos fundamentales de los parlamentarios en España y Perú: Un estudio comparado*, Madrid, Tesis Doctoral Universidad Complutense de Madrid, 2017.

CANO BUESO, Juan y MORALES ARROYO, José Ma.: *El Parlamento de Andalucía Estructura y organización*, Madrid, Tecnos, 1987.

CARMONA CUENCA, Encarnación: “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

CATALÀ I BLAS, Alexandre H.: “Transfuguismo y régimen jurídico de los concejales no adscritos. ¿Puede, y debe, el Derecho sancionar la deslealtad política?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 101, Mayo-Agosto 2014.

CID VILLAGRASA, Blanca: “Diputado y grupos parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.) y RECODER VALLINA, Tatiana (Coord.): *El Parlamento ante los tribunales*, Pamplona, Asamblea de Madrid-Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

COBREROS MENDAZONA, Edorta y SAIZ ARNAIZ, Alejandro: “La defensa del *status* del parlamentario”, en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 1991.

DE ESTEBAN, Jorge: “El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 70, Octubre-Diciembre 1990.

DE LA PEÑA RODRÍGUEZ, Luis: “La función de control en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

DELGADO-GUEMBES, César: “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”, en *Derecho PUCP*, N° 53, 2000.

DELGADO-GUEMBES, César: *Manual del Parlamento Introducción al estudio del Congreso Peruano*, Lima, Congreso de la República, 2002.

DE VERGOTTINI, Giuseppe: “La forma de oposición garantizada”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 9, 1979.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria Un estudio de teoría y jurisprudencia constitucional sobre el Parlamento*, Madrid, Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 2013.

FOSSAS ESPADALER, Enric: *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, Tecnos, 1993.

GALINDO ELOLA-OLASO, Fernando: “Artículo 24” y “Artículo 25”, en RIPOLLÉS SERRANO, María Rosa (Coord.): *Comentarios al Reglamento del Congreso de los Diputados*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.

GARCÍA ROCA, Javier: *Cargos públicos representativos Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

GARCÍA ROCA, Javier: “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma.

(Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

GARCÍA ROCA, F. Javier y DALLA VIA, Alberto R.: “Los derechos políticos y electorales: un orden público democrático”, en GARCÍA ROCA, Javier, FERNÁNDEZ, Pablo Antonio, SANTOLAYA, Pablo y CANOSA, Raúl (Eds.): *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.

GIBAJA CABRERO, Estela: “La figura del parlamentario no adscrito”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 28, 2015.

GONZÁLES BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.

GONZÁLEZ DEL TESO, Teodosio: “Transfuguismo y concejales no adscritos (A propósito de la reforma de la LBRL por la Ley 57/2003)”, en *Justicia Administrativa*, N° 27, 2005.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: “El derecho fundamental al debate parlamentario”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 16, 2005.

LANDA ARROYO, César: “Notas sobre el transfuguismo parlamentario peruano”, en *Derecho & Sociedad*, N° 16, 2001.

LARIOS PATERNA, María Jesús: “El Grupo Mixto y el transfuguismo político Un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, de 13 de febrero”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 16, Enero-Abril 1996.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional Análisis del estatuto de la oposición en España*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: “El estatuto de los parlamentarios”, en FIGUEROA LARAUDOGOITIA, Alberto y DA SILVA OCHOA, Juan Carlos (Coords.): *Parlamento y Derecho*, Vitoria-Gasteiz, Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco, 1991.

MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: “El transfuguismo parlamentario en Portugal”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dir.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

MANZELLA, Andrea: *Il Parlamento*, Bologna, Il Mulino, 1991.

MARTÍN NÚÑEZ, Esther: *El régimen constitucional del cargo público representativo*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 1996.

MORALES ARROYO, José María: *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

ORTEGA SANTIAGO, Carlos: *El mandato representativo de los diputados y senadores (La prohibición de mandato imperativo frente a la disciplina de partido)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2005.

PITARCH, Ismael E.: “El Grupo Mixto y sus alternativas”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 1, 1995.

PITKIN, Hanna Fenichel: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: “La prohibición de mandato imperativo como una garantía al servicio de la representatividad democrática”, en *Debates Constitucionales*, N° 1, 1999.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel: *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2003.

PULIDO QUECEDO, Manuel: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, Parlamento de Navarra-Civitas, 1992.

PULIDO QUECEDO, Manuel: “Parlamento y diputado: la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “Los tráfugas no son tan malos”, en *El País*, 6 de octubre de 1983.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro: *Los grupos parlamentarios*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1989.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: *La oposición parlamentaria*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel J.: “Representación nacional y grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados”, en *Cuadernos de pensamiento político*, N° 12, Octubre/Diciembre 2006.

SANZ PÉREZ, Ángel L.: “La naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios. Una aproximación al proceso de juridificación de los grupos parlamentarios”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 10, 2001.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús María: “Estudio introductorio”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

SORIANO HERNÁNDEZ, Enrique: “Derechos y deberes de los parlamentarios”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y diputado XVII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos, 2011.

TOMÁS BALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

TORRES MURO, Ignacio: “La disciplina parlamentaria ante el tribunal constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 28, Enero-Abril 1990.

TORRES MURO, Ignacio: “Los derechos de los parlamentarios”, en *Revista de Derecho Político*, N° 44, 1998.

TORRES MURO, Ignacio: “El transfuguismo político. Un elogio (moderado) del tráfuga”, en *Revista de Estudios Jurídicos*, versión electrónica, N° 16, 2016 (segunda época).

TRUJILLO PÉREZ, Antonio Javier y NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar: “Normativa sobre el transfuguismo en los reglamentos parlamentarios autonómicos”, en *Corts Anuario de derecho parlamentario*, N° 14, 2003.

VÍBORAS JIMÉNEZ, José Antonio: “La función legislativa en la jurisprudencia constitucional”, en PAU I VALL, Francesc (Coord.): *Parlamento y justicia constitucional IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona-Barcelona, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, 1997.

VÍBORAS JIMÉNEZ, José A.: “El transfuguismo en la Asamblea de Extremadura”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

VÍBORAS JIMÉNEZ, José A.: “El transfuguismo en el Parlamento de Andalucía”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

VISIEDO MAZÓN, Francisco J.: “El transfuguismo en el *Parlament de Catalunya*”, en SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y CORONA FERRERO, Jesús Ma. (Dirs.), y DIAZ CREGO, María (Coord.): *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2009.

Febrero de 2018.